Rassegna della Giustizia Militare

Rivista di
Diritto e Procedura penale militare

a cura della
Procura Generale Militare della Repubblica
presso la Corte Suprema di Cassazione

RASSEGNA DELLA GIUSTIZIA MILITARE

BIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE MILITARE

Direttore: dott. Maurizio BLOCK (Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione)

Comitato Scientifico: Francesco CALLARI, Domenico CARCANO, Paolo FERRUA, Luigi Maria FLAMINI, Ranieri RAZZANTE, Pierpaolo RIVELLO, Natalino RONZITTI, Antonio SCAGLIONE, Giovanni Paolo VOENA

Comitato dei Revisori: Giulio BARTOLINI, Paolo BENVENUTI, Gaetano CARLIZZI, Enrico DE GIOVANNI, Lorenzo DEL FEDERCIO, Iole FARGNOLI, Alfonso FERGIUELE, Clelia IASEVOLI, Giulio ILLUMINATI, Carlotta LATINI, Carlo LONGOBARDO, Giuseppe MAZZI, Giuseppe MELIS, Domenico NOTARO, Gianluca PASTORI, Mariateresa POLI, Silvio RIONDATO, Francesco SALERNO, Sergio SEMINARA, Giovanni SERGER, Giorgio SPANGHER, Carmelo Elio TAVILLA, Gioacchino TORNATORE

Redazione: Sebastiano LA PISCOPIA (Capo Redattore), Andrea CONTI, Pierpaolo TRAVAGLIONE

*** *** *** ***

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: Rassegna della Giustizia Militare
ISSN: 0391-2787
Registrazione: Tribunale di Roma n. 16019, Decreto 9 agosto 1975
Periodicità: bimestrale (on-line)
Proprietario: Ministero della Difesa
Sede: Via degli Acquasparta 2 - 00186 Roma
Editore: Procura Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione
ISP (Internet Service Provider): Comando C4 Esercito – www.difesa.it
Indirizzo web: http://www.difesa.it/Giustizia_Militare/rassegna/Pagine/default.aspx
Indirizzo e-mail: rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it
Recapiti telefonici: 06.47355214 - 06.68806026 - 066861179

Rassegna della Giustizia Militare

PRESENTAZIONE DEL NUMERO 6 / 2018

a cura della Redazione

Il presente numero della Rassegna della Giustizia Militare si apre con un pregevole contributo del Prof. **Gaetano Silvestri**, Presidente Emerito della Corte Costituzionale e Presidente della Scuola Superiore della Magistratura che tratta con autorevolezza e precisione il tema del valore del comando delle Forze Armate attribuito dalla Costituzione al Presidente della Repubblica.
Segue una *lectio magistralis* del Procuratore Generale Militare presso la Suprema Corte di Cassazione, nonché Direttore della Rassegna, Dott. **Maurizio Block**, sull'attualissima problematica del ruolo della donna all'interno delle Forze Armate con particolare riferimento alla competenza in materia di repressione dei fatti riguardanti violenza sessuale o molestie sessuali.
Inoltre, viene dato spazio all'interessante contributo della Dott.ssa **Elisabetta Tizzani**, magistrato militare, sul delicato tema del segreto militare e dei connessi reati di spionaggio.
Il presente numero ospita anche gli articoli del Dott. **Adriano Iaria** della Croce Rossa Italiana che, in maniera divulgativa ma puntuale, affronta il tema dell'introduzione dell'intelligenza artificiale in campo militare con riguardo alle problematiche che tali innovazioni pongono in tema di diritto internazionale umanitario; del Capitano E.I. **Saverio Setti** che analizza con consueta profondità di pensiero la possibilità per gli appartenenti alle Forze Armate di partecipare all'attività politica e dell'Avv. **Nicolò Giordana** che affronta il complesso ed attuale tema del progressivo adattamento degli ordinamenti internazionali alla digitalizzazione dell'economia, anche con riferimento alla recente Legge di Bilancio 2019.
Infine, il lavoro dell'Avv. **Dario Piccioni** sulla questione della possibilità di costituirsi parte civile a mezzo sostituto del difensore e sulle condizioni formali richieste per la sostituzione processuale.

INDICE DEL NUMERO 6 / 2018

La rischiosa libertà che aiuta a riflettere – Editoriale
di *Sebastiano La Piscopia* p. 3

Difesa collettiva: le figure di vertice
di *Gaetano Silvestri* p. 6

Intervento del Procuratore Generale Militare presso la Corte Suprema di Cassazione
di *Maurizio Block* p.11

I reati di spionaggio, spionaggio militare e rivelazione di segreti militari
di *Elisabetta Tizzani* p.14

Da autonomi a completamente autonomi: l'applicazione dell'Intelligenza Artificiale nei sistemi d'arma autonomi (LAWS)
di *Adriano Iaria* p.24

L'appartenenza partitica dei militari
di *Saverio Setti* p.33

Digital Tax: l'adeguamento del sistema fiscale internazionale alla Digitalization of Economy
di *Nicolò Giordana* p.41

Nuovi formalismi nello svolgimento del mandato difensivo: due recenti sentenze della Corte di Cassazione
di *Dario Piccioni* p.56

LA RISCHIOSA LIBERTÀ CHE AIUTA A RIFLETTERE

Editoriale del Capo Redattore

a cura di *Sebastiano La Piscopìa*[1]

C'è forse una sottile linea invisibile che attraversa il tempo e lo spazio e che conferisce direttamente ai cittadini la funzione di garanzia dei diritti fondamentali della persona.
Se è vero che "*lo sguardo dell'uomo riesce a penetrare liberamente l'automatismo del mutamento storico soltanto se l'uomo stesso non guarda soltanto al presente immediato, ma alla lunga storia precedente dalla quale l'epoca sua è derivata"* allora possiamo rammentare, con Elias[2], che la summenzionata funzione di garanzia, vividamente espressa nelle carte rivoluzionarie francesi settecentesche, affondava le sue radici nella risalente tradizione politica democratica greca che, già con le riforme *Clistenee*[3], limitò l'autorità delle tribù gentilizie sulla base della reale presenza del cittadino nel *demos* di residenza.
Quanto alla memorabile storia politica romana, come dimenticare che la Repubblica sostituì la Monarchia proprio quando, con i Quiriti, venne sovvertita la tradizione che fosse sì il Re a scrivere le leggi, ma che fosse il popolo a nominare il Re. L'aspro confronto dualistico tra *auctoritas* senatoriale e potere popolare fece quindi crescere nei secoli la consapevolezza della legittimità di una nuova stagione dei diritti.
Il Medioevo vide poi corporazioni e Capitani del popolo, il Rinascimento fu segnato da sanguinosi sconvolgimenti politico istituzionali tra Signorie nazionali e Potenze straniere ed il Risorgimento sospinse aneliti di libertà ed indipendenza sottesi dal dogma Mazziniano del popolo-nazione, ma fu solo la nostra Carta costituzionale ad unire il massimo Organo dello Stato ai cittadini, nella predetta funzione di garanzia dei diritti fondamentali della persona, tra cui quello di espressione.
A modesto avviso di chi scrive, i Padri costituenti ebbero il nobile merito di saper miscelare sapientemente le austere tinte dei contrappesi istituzionali Presidenziali alle calde tonalità dei presidi civici "di controllo" propri della sovranità popolare, creando un'opera d'arte dalle sfumature equilibrate, piuttosto lontane dalle tinte a volte forti delle mutevoli compagini politiche governative e parlamentari.
Lo stesso orizzonte politico che la Costituzione assegna al mandato del Presidente della Repubblica sembra voler indicare la necessarietà di un'interpretazione di lunga durata che resista alle esigenze, pur legittime, del mantenimento del consenso, proprie di chi agisce nell'arena politica.

---

[1] L'autore esprime in questo editoriale scevro da pretese di esaustività e di scientificità il proprio libero pensiero evidenziando - come di consueto - che esso non rappresenta in alcun modo la posizione dell'Amministrazione d'appartenenza, qui liberata da ogni eventuale responsabilità. L'immagine è stata reperita sul web e quindi considerata di dominio pubblico; qualora si ritenesse che essa possa violare diritti di terzi si prega di scrivere a rassegnagiustiziamilitare@gm.difesa.it e sarà prontamente rimossa.

[2] N. ELIAS, *La società degli individui*, 1987, citato da G. CIOFALO e S. LEONZI in *Homo communicans una specie di/in evoluzione*, 2013, pag. 40.

[3] Il politico ateniese Clistene attuò la sua riforma nel 508 a.C. modificando radicalmente il sistema tribale ateniese, dividendo lo stato in dieci tribù territoriali sulla base della residenza del cittadino nel proprio villaggio (*demos*), allo scopo di eliminare i vecchi gruppi di potere che monopolizzavano da tempo la vita politica ateniese e, come afferma Aristotele nella *Costituzione degli Ateniesi*, al fine di "mescolare la popolazione" (Ar., *Ath. pol*., XXI, 3).

In tale quadro, il pluralismo della stampa libera, l'eterogeneità della libertà di espressione e la libertà di informazione rappresentano, ad avviso dello scrivente, valori costituzionali da difendere *tout court*.
Molto più autorevolmente, il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella il 12 novembre 2018 ha eloquentemente affermato: "*Al mattino leggo i giornali: notizie e commenti, quelli che condivido e quelli che non condivido e forse questi secondi per me sono ancora più importanti. Perché è importante conoscere il parere degli altri, le loro valutazioni. Quelli che condivido sono interessanti, naturalmente e mi stanno a cuore; ma quelli che non condivido sono per me uno strumento su cui riflettere. E per questo ha un grande valore la libertà di stampa, perché, anche leggendo cose che non si condividono, anche se si ritengono sbagliate, consente e aiuta a riflettere*"[4].
L'efficace semplicità di queste parole pronunciate a degli studenti, evidenzia una straordinaria forza comunicativa *intra vires*, mentre la permeabile profondità delle stesse sottende, a sommesso avviso di chi scrive, l'attenzione per la pluralità d'informazione di chi, per dirla con Meuccio Ruini[5] "*rappresenta ed impersona l'unità e la continuità nazionale, la forza permanente dello Stato, al di sopra delle fuggevoli maggioranze*".
L'ordine costituzionale garantito è quindi lontano, non solo nel tempo, dalle prescrizioni della circolare n. 442/9532 del 3 aprile 1934 che prevedevano, a fini censori, il sequestro preventivo in triplice copia, di pubblicazioni e disegni presso la Biblioteca Nazionale Giuridica sita all'interno del palazzo della Cassazione.
E son passati ben ventun anni da quando, con la storica "ordinanza InterLex"[6], il Tribunale civile e penale di Roma – Sezione per la stampa e l'informazione, disponendo l'iscrizione nel Registro della Stampa dell'omonimo plurisettimanale scientifico giuridico on-line, apriva al mondo dell'informazione digitale, riconoscendole "pari dignità istituzionale".
Tuttavia, l'evoluzione del quadro di garanzie costituzionali e legali poste a tutela dei diritti fondamentali, non ha reso immune da rischi le delicate dinamiche esistenti tra potere costituito e libertà costituzionalmente garantite.
In merito alla possibile evoluzione (o involuzione) del rapporto tra potere e diritti dell'uomo si vogliano leggere le idee, senza tempo, di autorevoli costituzionalisti: "*Il costituzionalismo moderno – afferma il costituzionalista Massimo Luciani, colloca «il diritto al cuore stesso del rapporto politico, quale strumento di legittimazione del potere», ma configura il potere quale concreto strumento di riconoscimento dei diritti. Il potere, insomma ha bisogno del diritto, dal quale riceve la propria legittimazione, ma i diritti anche quelli fondamentali – hanno bisogno del potere per potersi affermare. Nel 1964 Norberto Bobbio scriveva che il problema dei diritti dell'uomo non è quello di fondarli, ma quello di proteggerli: è la loro effettività. E ciò che può avvenire – per quanto possa sembrare paradossale – solo attraverso l'uso legale del potere. Questo rapporto – ben più complesso di quanto questi rapidissimi cenni facciano immaginare – si è notevolmente alterato negli ultimi decenni. E' mutata la percezione del collegamento genetico tra diritti e potere e, dunque, il «fondamento» stesso dei diritti fondamentali.*"[7]
E' molto interessante, al riguardo, notare come qui Norberto Bobbio richiami quell'atavico "collegamento genetico" tra popolo e Stato, tra sovranità polare e potere esercitato dagli Organi costituzionali a cui si è fatto solo fugace cenno in premessa ed è illuminante ravvisare la grande attualità dell'affermazione del rapporto che potremmo definire "di biunivoca attrazione vitale" tra diritto e potere.
Tale attrazione vitale dovrebbe però sempre rimanere tale, senza mai soffocare il diritto di libera espressione delle idee: il coraggio di chi esprime le proprie idee non dovrebbe recedere di fronte alla forza intimidatrice e censoria del potere, perché come disse il premio nobel *Aung San Suu Kyi*

---

4 http://www.ansa.it/sito/notizie/cronaca/2018/11/12/mattarella-liberta-di-stampa-ha-un-grande-valore_504f3ba2-0847-4a4f-91e8-ff65185a284f.html
5 Presidente della Commissione dei 75.
6 Ordinanza del Tribunale civile e penale di Roma del 6 novembre 1997.
7 G. M. FLICK, *Elogio della Costituzione*, 2017, pagg. 68,69.

"*non è il potere che corrompe, ma la paura. Il timore di perdere il potere corrompe chi lo detiene e la paura del castigo del potere corrompe chi ne è soggetto.*"
Le spire del potere malato, tuttavia, troppo spesso finiscono per soffocare tali libertà: sono 81 i giornalisti che hanno perso la vita per difendere la libertà di stampa nel 2018, secondo *Reporters sans frontieres*[8].
Ma il martirio di chi non ha taciuto di fronte alle cose che contano[9], di fronte a un'idea creduta giusta, non è mai inutile.
Perché «*Il martirio non è sterile mai. Il martirio per un'Idea è la più alta formula che l'Io umano possa raggiungere per esprimere la propria missione; e quando un giusto sorge di mezzo a' suoi fratelli giacenti ed esclama - ecco: questo è il vero, e io, morendo, l'adoro - uno spirito di nuova vita si trasfonde per tutta l'umanità [...]. I sagrificati di Cosenza hanno insegnato a noi tutti che l'uomo deve vivere e morire per le proprie credenze: hanno provato al mondo che gl'Italiani sanno morire: hanno convalidato per tutta l'Europa l'opinione che una Italia sarà. [...] Voi potete uccidere pochi uomini, ma non l'Idea. l'Idea è immortale*»[10].
Come immortale resterà l'idea di un'Europa senza confini da poter vivere e raccontare per radio del giovane Giuseppe Megalizzi, il cui amore per un giornalismo libero ha già vinto sull'odio della barbarie terroristica.

Che la libertà di parola, enunciata o scritta resti libera e feconda di idee, che questo sommesso editoriale possa essere una "tessera a colore" di un più ampio e pregevole mosaico di libere riflessioni!

[8] Crf. https://rsf.org/en (ultima consultazione in data 24.12.2018).
[9] Da M. L. KING "*Le nostre vite cominciano a finire il giorno in cui stiamo zitti di fronte alle cose che contano*".
[10] G. MAZZINI, *Ricordi dei fratelli Bandiera e dei loro compagni di martirio in Cosenza il 25 luglio 1844: Documentati colla loro corrispondenza, Dai torchi della Signora Lacombe,* 1845.

Difesa collettiva: le figure di vertice (*)

di *Gaetano* SILVESTRI[1]

Buongiorno a tutti, ringrazio il Ministro, i Sottosegretari per l'invito a svolgere alcune brevi riflessioni sul tema centrale, dal punto di vista del Diritto Costituzionale, riguardante le Forze Armate e la Difesa e cioè il significato ed il valore del comando delle Forze Armate attribuito dalla Costituzione al Presidente della Repubblica.

Come sappiamo uno dei principi fondamentali dello stato democratico contemporaneo è la sottoposizione del potere militare al potere civile.

Ciò può essere realizzato in una forma di governo parlamentare, come quella italiana, in due modi: o individuando il vertice delle Forze Armate nell'esecutivo, o attribuendo il comando supremo delle stesse al Presidente della Repubblica, estraneo al circuito fiduciario. L'Assemblea Costituente ha scelto la seconda soluzione, sulla base della considerazione che una repubblica democratica deve poter disporre di un apparato militare non politicizzato al servizio dell'intera nazione e non di una sua parte, ancorché maggioritaria.

Posta questa premessa, allo scopo di ricostruire in modo organico il senso e la portata delle attribuzioni "militari" del Capo dello Stato, mi sembra necessario prendere in esame l'articolo 87 nono comma della Costituzione nella sua interezza: "*Il Presidente della Repubblica ha il comando delle Forze Armate"*, leggo testualmente, "*presiede il Consiglio Supremo di Difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle camere*".

Questa disposizione costituzionale, delinea un sistema coerente che mette in equilibrio principio democratico, principio di autorità e imparzialità della garanzia. Ciò traspare dalla stessa discussione in seno all'Assemblea Costituente.

L'onorevole Gasparotto, nel presentare un emendamento, poi accolto, inteso a raggiungere le parole "*costituito secondo la legge*", motivò la sua proposta con l'intento di distinguere il Consiglio Supremo di Difesa, organo del tutto nuovo all'ora, dalla già esistente Commissione di Difesa presieduta dal Presidente del Consiglio creata in periodo fascista. Sovrapporre due organi, quello esistente e quello da istituire, sarebbe stato, secondo Gasparotto, in contrasto con lo spirito del nuovo assetto costituzionale del Supremo vertice militare.

Egli osservava: "*Se il Presidente della Repubblica ha il comando delle Forze Armate, logicamente deve avere anche la Presidenza del Consiglio Supremo di Difesa*."

Siamo nella seduta pomeridiana del 22 ottobre 1947. Da queste parole si evince, come è stato già osservato da Livio Paladin, che il comando delle Forze Armate è un *prius* rispetto alla Presidenza del Consiglio del Consiglio Supremo di Difesa. Quest'ultimo, cioè il Consiglio Supremo, rappresenta il *trait d'union* tra il momento dell'autorità, destinato, come ha rilevato Giuseppe De Vergottini, uno studioso che ha maggiormente studiato questo argomento, a completare e rendere adeguata la funzione presidenziale di comando che non implica poteri operativi e neppure un indirizzo politico proprio, ma la garanzia dei valori costituzionali. Proprio perché il comando delle Forze Armate attribuito al Presidente ha una precipua funzione garantista, sia la composizione del Consiglio Supremo, sia il procedimento di formazione delle decisioni di vertice riguardanti la politica militare e di sicurezza, devono inglobare e integrare in modo coerente le tre già ricordate istanze fondamentali della democrazia, dell'autorità e della garanzia.

L'errore in cui si incorre, talvolta, nell'analisi di questa norma costituzionale, è quello di considerare isolatamente i tre momenti costitutivi dell'indirizzo politico della Difesa, con la conseguenza di giungere, talvolta, a costruzioni contraddittori destinati a non reggere alla prova dei fatti. Se si tiene presente questo criterio metodologico fondamentale, ci si può orientare nell'iter

(*) *Testo dell'intervento svolto il 18 dicembre 2018 nell' ambito convegno Difesa collettiva svoltosi presso la Camera dei Deputati.*

[1] Presidente Emerito della Corte Costituzionale e Presidente della Scuola Superiore della Magistratura.

complessivo che conduce, in uno stato costituzionale, alla corretta assunzione delle decisioni in materia di politica militare e della Difesa più in generale.

Uno dei problemi che ha impegnato la riflessione dottrinale in questa delicata materia, è quello della natura del comando affidato al Presidente.

Ormai è scontato che l'attribuzione di tale competenza al Capo dello Stato repubblicano, ha natura ben diversa dall'antica prerogativa regia in materia di politica militare.

Si ritiene tuttavia, in coerenza con lo stesso dibattito dell'Assemblea Costituente, che non si tratti di un comando puramente simbolico od onorifico. Da queste due considerazioni scaturisce la conclusione che la sua sostanza deve dedursi dalla figura e dal ruolo del Presidente della Repubblica nell'intero sistema costituzionale.

Partiamo dall'osservazione che il tipo di separazione dei poteri insito nella forma di governo della Repubblica Italiana, risponde alla doppia esigenza dell'integrazione dinamica tra gli organi costituzionali e del loro equilibrio. Su questo punto occorre fermare l'attenzione. L'indirizzo politico in generale, inteso come indirizzo della maggioranza parlamentare che sostiene il Governo, si articola, secondo l'insegnamento di Temistocle Martines, nelle tre fasi dell'individuazione dei fini, della predisposizione dei mezzi e dell'attuazione.

Questo corso, per così dire naturale dell'indirizzo politico di maggioranza, si accompagna e si incontra con quello che Paolo Barile ha definito "*indirizzo politico costituzionale*", incentrato in generale sulla figura del Presidente della Repubblica e specificamente su quello giurisdizionale nelle competenze della Corte Costituzionale. L'indirizzo politico costituzionale non è immerso nella politica contingente, ma è volto alla conservazione e all'attuazione dei principi fondamentali della Costituzione. Se l'indirizzo politico di maggioranza si mantiene entro i limiti tracciati dalla Costituzione, i due percorsi non rilevano distintamente e l'intervento presidenziale non può che essere conforme.

Tuttavia possono emergere divergenze su aspetti costituzionalmente rilevanti. In tali ipotesi il Presidente esprime la sua energia istituzionale in senso correttivo o di controllo. A questo punto risulta evidente la collocazione del Capo dello Stato nel sistema. Si tratta di un potere che non si identifica nella triade tradizionale di Montesquieu, ma si pone al di fuori di essa, pur includendo competenze attinenti alle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, basta leggere la Costituzione nel suo complesso. Questa plurifunzionalità le attribuzioni presidenziali consente l'esercizio di un indispensabile obbligo di coordinamento volto alla garanzia del corretto funzionamento del sistema e di salvaguardia dei principi costituzionali.

Certamente non mira ad influire sulle diverse decisioni possibili e quindi a definire i contenuti dell'indirizzo politico di maggioranza.

A seconda delle circostanze, l'azione del Presidente può essere propulsiva o di moderazione, giacché il suo compito è quello, già accennato, di mantenere l'equilibrio costituzionale, senza mai entrare nel merito delle libere scelte politiche, purché queste si mantengano nell'ambito dei principi costituzionali.

Come si applica questo schema, che ora illustrato solo nelle sue grandi linee, all'indirizzo politico in materia militare? Tralascio per brevità l'evoluzione non sempre lineare della legislazione attuativa del nono comma dell'articolo 87 della Costituzione, mi limito ad esaminare per rimanere ai dati normativi più recenti, il circuito decisionale tracciato dall'articolo 10 del Codice dell'Ordinamento Militare, approvato con Decreto Legislativo 15 marzo 2010 n. 66, in cui è confluita la disciplina ben nota già dettate dalla Legge 18 Febbraio 1997 n. 25.

Nel regolare le attribuzioni del Ministro della Difesa, il comma 1 lettera a. di questa disposizione, delinea il percorso dell'indirizzo politico in materie militari: "*Il Ministro della Difesa attua le deliberazioni in materia di difesa e sicurezza adottate dal Governo, sottoposte all'esame del Consiglio Supremo di Difesa e approvate dal Parlamento*."

Si delineano da questa norma tre fasi dell'indirizzo politico in materia militare: la programmazione, l'esecuzione e il controllo. Si tratta di fasi ideali, che devono essere sempre presenti ma che non sono ordinate sul piano cronologico in questa sequenza logica.

La programmazione, in quanto individuazione dei fini e predisposizione dei mezzi, si pone sempre come prioritaria e appartiene al Governo. L'esecuzione, spettante ugualmente ad un organo

del potere esecutivo, il Ministro della Difesa, è preceduta sia dall'approvazione Parlamentare che dal controllo spettante al Presidente della Repubblica. Come stato sempre rilevato, sin dai tempi dell'Assemblea Costituente, per dare concretezza ed effettività al controllo del Capo dello Stato è indispensabile che ha lo stesso sia fornita continuamente una completa informazione sulla politica militare.

Ciò è reso esplicito dalla cosiddetta risoluzione Ruffino, approvata dalla quarta commissione della Camera dei Deputati il 16 dicembre 2001, nella quale si legge testualmente: "*Il Governo pone il Presidente della Repubblica nelle condizioni di conoscere e valutare tempestivamente ogni determinazione relativa all'impiego delle Forze Armate all'estero*". Da questo atto di indirizzo emergono due aspetti fondamentali del processo formativo delle deliberazioni di vertice in materia di difesa militare di sicurezza.

Il primo è quello della continuità delle informazioni del Presidente della Repubblica. Si tratta di un campo quello della Difesa, in cui può essere necessario adottare decisioni rapide senza dover aspettare tempi lunghi per acquisire informazioni mancanti. L'avverbio "tempestivamente" era già inserito nella relazione della commissione Paladin istituita nel 1987 dal Governo Gorìa per l'esame dei problemi costituzionali concernenti il comando e l'impiego delle Forze Armate, su sollecitazione dell'allora Presidente Cossiga. Dopo aver precisato che il comando delle Forze Armate da parte del Presidente della Repubblica non è puramente cerimoniale e simbolico, ma è funzionale invece la garanzia dei valori costituzionali, la Commissione aveva osservato che è precisamente in vista di tale garanzia che il Capo dello Stato deve essere messo in grado di verificare e sanzionare tempestivamente le eventuali violazioni dei valori stessi.

La continuità e la tempestività dell'informazione si collegano anche a quanto rilevato dalla stessa Commissione. Cito testualmente: "*L'esperienza insegna che le varie situazioni intermedie fra una stabile pace ed un conflitto armato già in atto, si trasformano con gradualità nelle une e nelle altre, senza che spesso si ha dato separare con nettezza le diverse fasi di ogni emergenza*", il che lascia intendere che la definizione preventiva e la dichiarazione formale degli stati predetti, rischierebbe di rivelarsi controproducente o comunque insufficiente a fronte dell'imprevedibile gamma di possibilità, praticamente suscettibile di realizzarsi.

La fluidità delle situazioni che coinvolgono l'impiego delle Forze Armate richiede la continuità ininterrotta del flusso di informazioni che devono pervenire al Presidente della Repubblica, anche perché i danni per i valori costituzionali di cui egli è custode potrebbero essere irreversibili. Anche le cosiddette missioni di pace all'estero, su cui per brevità in questa sera non mi soffermo, devono essere continuamente monitorate dal Capo dello Stato allo scopo di controllare che le finalità giustificative delle stesse, alla luce della Costituzione, inizialmente sussistenti, non siano venute meno per caso o fortemente attenuate nel corso del tempo e per nuove circostanze, mutando oggettivamente natura e rendendo problematica la loro compatibilità con i principi costituzionali.

L'intervento del Presidente della Repubblica nell'indirizzo politico in materia militare è condizionato dalla sua essenziale funzione di garanzia e quindi dalla confluenza o dal contrasto tra indirizzo politico di maggioranza e indirizzo politico costituzionale. Mentre l'informazione il monitoraggio la consultazione con le autorità di governo e l'alto comando militare devono essere continui e sistematici, i suoi eventuali interventi attivi, in funzione come dicevo limitativo-correttiva, sono necessariamente occasionali e saltuari e dipendono da un eventuale e mai augurabile pericolo, per appunto, per i principi costituzionali.

Le funzioni di vigilanza e di controllo hanno la loro consistenza giuridica, se ad esse si accompagna la possibilità di un intervento, se la funzione presidenziale si esaurisse in conoscenze e monitoraggio fini a se stessi, avrebbe solo un generico valore politico senza assumere rilievo giuridico nel sistema costituzionale.

La situazione di emergenza per la difesa e la sicurezza nazionale possono insorgere Improvvisamente e non consentire l'ordinaria successione delle fasi prescritte dalla legge.

In tali casi i provvedimenti da adottare passano inevitabilmente per la saldatura tra la decisione politica del Governo e l'assenso, in funzione di garanzia, del Capo dello Stato.

Perché questa determinazione d'urgenza non entra in collisione con i principi costituzionali, è necessario da una parte che il Presidente sia in grado di dare o negare il suo assenso, sulla base di una cognizione di cui già dispone delle problematiche politico-militari pregresse, dall'altra che si provveda nel più breve tempo possibile, come affermava Giovanni Mozzo, uno studioso della materia, alla "*parlamentarizzazione della crisi*".

Qui entra in gioco un altro è segmento del nono comma dell'articolo 87 della Costituzione, il potere-dovere del Presidente della Repubblica di dichiarare lo stato di guerra deliberato alle camere. Al giorno d'oggi la formale dichiarazione lo stato di guerra, secondo la tradizione del passato, è evenienza difficilmente prospettabile nella realtà. La norma ora citata, più che altro, ha il senso di mantenere salda la presenza dei rappresentanti del popolo in tutte le decisioni politiche che implicano attività belliche, comunque originate e comunque denominate.

L'Italia ha partecipato a due guerre mondiali, senza o contro la volontà del Parlamento (questo non dobbiamo dimenticarlo mai). I nostri padri costituenti, con questa solenne prescrizione, hanno dichiarato che ciò non dovesse mai più accadere.

Se come abbiamo visto, e mi avvio alla conclusione, la Presidenza del Consiglio Supremo di Difesa è una conseguenza della carica di comandante delle Forze Armate e non viceversa, allora i compiti dell'organo collegiale non possono essere puramente informativi, anche se questi ultimi hanno una grande rilevanza.

Nel procedimento di formazione delle decisioni di vertice della politica militare, il Consiglio Supremo di Difesa non può adottare decisioni che sono di spettanza degli organi costituzionali politici, ma può e deve esprimere valutazioni non vincolanti in senso giuridico, ma destinati a dare un contributo altamente qualificato nella successiva fase parlamentare di deliberazione.

L'esame dei comunicati diffusi dopo la riunione del Consiglio Supremo di Difesa conferma un andamento della prassi conforme alla schematizzazione che ho tentato ora di tracciare. Mi limito per brevità all'analisi del recente comunicato, non so se è il più recente o ce n'è stato qualcuno dopo del 31 ottobre 2018. In esso sono strettamente intrecciati elementi di informazioni ed elementi di valutazione, relative ai principali scenari di crisi e di conflitto.

E' proprio la dimostrazione, questo comunicato come tanti altri, che momento dell'informazione e momento della valutazione sono strettamente ed inscindibilmente connessi. Con riferimento alla situazione Libica, caratterizzata dalla crescente intensità degli sconti sul terreno, il Consiglio dopo aver esaminato i fatti recenti "*ritiene che il traguardo elettorale debba essere raggiunto nell'alveo del Piano delle Nazioni Unite, con approccio progressivo inclusivo, cercando la massima convergenza di tutti gli attori in campo*".

A proposito della crisi migratoria, il Consiglio ritiene che l'Italia, anche per la sua posizione geografica, debba avere un ruolo protagonista nel promuovere una revisione delle politiche d'asilo e perseguire la massima sinergia tra i singoli paesi e le istituzioni comunitarie.

Con riferimento alla Nato, il Consiglio ha affermato che l'Italia intende confermare il suo ruolo guida al fianco Sud. Infine, con riferimento al processo di riforma dello strumento militare, il Consiglio ha condiviso l'opportunità di andare avanti nel processo di riordinamento e razionalizzazione, al fine di concentrare le risorse disponibili sulle capacità realmente necessarie per fronteggiare le esigenze di sicurezza del Paese.

Come emerge da queste parole, conoscenza, valutazione e indirizzo fanno un tutt'uno.

E' difficile scindere una cosa dall'altra, non possiedono efficacia vincolante, ma esprimono la sintesi tra la funzione politica del Governo, funzione tecnica dei vertici militari, funzione di controllo del Presidente della Repubblica.

Si dimostra in tal caso, come in tanti altri, che nella normalità dei rapporti tra poteri dello Stato, indirizzo politico di maggioranza e indirizzo politico costituzionale, convergono.

Cosa potrebbe succedere in caso di contrasto? Questa è la domanda più spinosa è più delicata, se vogliamo.

Il compito del costituzionalista non è quello di dettare la linea agli organi politici o quello di garanzia.

Il compito del costituzionalista è soltanto quello di illustrare quali scenari si potrebbero presentare e quali potrebbero essere i rimedi desumibili dal sistema costituzionale positivo.

Il primo scenario è quello di una divergenza non drammatica, ma suscettibile di aggravarsi senza la ricerca di sostanziali convergenze. In situazione del genere viene in rilievo il ruolo di *moral suasion* del Capo dello Stato, in massima parte incentrato su contatti e interventi informali volti allo scopo di evitare dannose crisi istituzionale.

Se la divergenza assumesse toni di maggiore gravità, ma non di pericolo immediato e irreparabile per le Istituzioni, il Presidente potrebbe avvalersi del potere di inviare un messaggio alle camere ai sensi dell'articolo 87 secondo comma della Costituzione.

Se, infine, si verificasse l'ipotesi tutti auspichiamo puramente di scuola, di un pericolo immediato e irreparabile per l'ordine democratico e costituzionale, la funzione di Comandante delle Forze Armate del Presidente, in assenza di misura di contrasto di altro genere, dovrebbe tramutarsi da potenziale in effettiva e sorgerebbe per il Presidente stesso il dovere, non il potere, di impedire, con la massima energia, l'uso improprio della forza militare fuori dai limiti della Costituzione.

Il giudizio sull'operato del Capo dello Stato e del Governo in una simile estrema situazione, spetterebbe naturalmente, a posteriori, al Parlamento e alla Magistratura costituzionale ordinaria, nelle forme e con le procedure previste dagli articoli 90, 94, 95 e 96 della Costituzione

Ciò che accadrebbe, se nessuno dei meccanismi costituzionali funzionasse, non è compito del costituzionalista di prevedere ma dallo storico di narrare.

Si tratta di scenari che per fortuna sono sino ad ora prospettabili solo per necessità di completezza teorica, sappiamo tutti che le istituzioni democratiche italiane sono salde e che la lealtà delle Forze Armate è fuori discussione, custode e garante di questi principi supremi è il Presidente della Repubblica, rappresentante dell'Unità Nazionale. Grazie

Intervento
del Procuratore Generale Militare
presso la Corte Suprema di Cassazione

al congresso *Insieme con la violenza di genere* del Centro Unico di Garanzia del Ministero della Difesa e del Centro Altri Studi per la Difesa

Roma, 27 novembre 2018

di *Maurizio* BLOCK

La donna nel quadro bellico ha sempre avuto un ruolo importante, in quanto tradizionalmente la violenza sessuale realizzata dai soldati durante i conflitti armati è stata una costante della storia.
Solo in tempi più recenti si è maturata una diversa coscienza e si è realizzata la necessità di considerare l'uso della violenza sessuale come crimine di guerra ed il percorso verso il riconoscimento del fenomeno dei cosiddetti stupri di guerra come atto lesivo dei diritti umani è stato lungo, graduale e non privo di difficoltà.

L'uso della violenza sessuale ha comportato che la donna venisse considerata come bottino di guerra, come mero oggetto a disposizione del soldato vincitore.
Anche in tempi contemporanei non mancano casi in cui il conflitto armato e le guerre civili si sono accompagnate a violenze sessuali realizzate principalmente a danno delle donne nonché tristemente dei bambini.

Non lontano è il ricordo delle violenze realizzate durante la prima e la seconda guerra mondiale, degli stupri perpetrati in Belgio e in Francia nel 1914, in Ruanda nel 1994, in Bosnia (1992-1995), durante la guerra civile in Sierra Leone (1991-2002), nella Repubblica democratica del Congo, nel Darfur (Sudan), nella guerra interna in Guatemala e recentemente delle più diverse e cruente azioni criminose realizzate ai danni delle donne dai componenti armati dell'ISIS.

Da un punto di vista strettamente giuridico, il riconoscimento della violenza sessuale come arma da guerra e internazionale è stato lungo e difficile ed a ciò ha fortemente contribuito la giurisprudenza dei tribunali internazionali che a certe condizioni hanno riconosciuto lo stupro ripetuto e sistematico come crimine contro l'umanità e crimine di guerra.

Ma non voglio dilungarmi sugli aspetti internazionalistici della violenza operata sulle donne ma piuttosto scendere sul terreno nazionale in cui, relativamente al contesto militare, si riscontrano ancora molte incongruenze e disarmonie a tutela della donna soldato dovute principalmente alla vigenza di codici penale militari emanati nel 1941 che, a mio parere, andrebbero totalmente modificati in quanto obsoleti e non più rispondenti alle esigenze attuali.

Inoltre è ormai indilazionabile l'esigenza di emanazione di un codice delle missioni internazionali il quale regolamenti i comportamenti dei nostri militari impiegati all'estero perchè la situazione che un tempo determinò la dicotomia tra stato di pace e stato di guerra- e quindi conseguentemente l'emanazione di codice penale militare di pace e codice militare di guerra- è mutata, non è più attuale e non si attaglia più alla realtà in quanto esistono compiti svolti dal militare sul territorio nazionale e compiti svolti in operazioni internazionali all'estero e pertanto si richiede una regolamentazione penale differenziata tra tali due situazioni che ne tenga conto.

Limitando l'attenzione al tema oggetto del presente convegno, rilevo che l'accesso dell'elemento femminile nel contesto militare, avvenuto nel 2001, ha sensibilmente innovato l'ambito delle relazioni e del *modus vivendi* nel contesto militare suggerendo nuovi e diversi modelli comportamentali rispetto al passato e inserendo caratteri di maggiore formalità e rispetto nelle relazioni del servizio.

Se ciò è vero, non può d'altro canto negarsi che il mondo militare rispecchia in tutto la società civile e che pertanto anche le problematiche che si verificano in quest'ultima non possono che trovare sponda in tale contesto anche se si atteggiano in forma diversa e probabilmente più contenuta.

Si impone perciò una riflessione circa l'effettività della tutela che la nostra attuale legge penale militare accorda alla donna soldato in tale contesto ed agli strumenti normativi attualmente predisposti per il rispetto dei diritti fondamentali in tale ambito e la loro idoneità a garantire un adeguato standard.

Uno dei principali e più rilevanti problemi riguarda proprio l'aspetto della libertà sessuale e la tutela da possibili attentati che possono derivare dalla convivenza tra militari di sesso diverso nell'ambito delle caserme.

Com'è noto, la vita militare impone particolari restrizioni ed un regime di vita più rigido e circoscritto. Inoltre il rapporto gerarchico è fonte di un potere diretto che impone anche una forma di soggezione e che, come tale, proprio per tale sua incisività non deve deviare da un corretto esercizio dando spazio a prevaricazioni che sfocino nella sfera sessuale.

Risulta pertanto particolarmente importante ai fini di una buona qualità della vita in caserma e per una corretta interpretazione del rapporto gerarchico, stabilire dei precisi rigorosi limiti all'*agere licere,* sanzionando dal punto di vista penale comportamenti che violano i criteri suddetti di liceità.

Purtroppo al riguardo devo denunciare una prima criticità dovuta al fatto che la giurisdizione militare che è la giurisdizione speciale cui è devoluto il compito di tutelare la legalità nell'ambito delle Forze Armate **non esercita, secondo l'attuale normativa, alcuna competenza sulla repressione di fatti riguardanti violenza sessuale o molestie sessuali** (secondo il linguaggio anglosassone *sexual harrasment*), in quanto nessuna fattispecie penale che tuteli la sfera sessuale è prevista nel codice penale militare attuale.

Ciò trova la sua motivazione indubbiamente nella circostanza che l'attuale codice penale militare risale al 1941, epoca in cui la donna soldato non prestava servizio nelle Forze Armate e nella quale vieppiù vigeva una diversa concezione del compimento di atti invasivi della sfera sessuale che, lungi dall' essere considerati anche dalla legge penale comune come reati contro la persona, erano definiti *contro la morale* in un'ottica evidentemente in cui l'aspetto di maggiore rilevanza era costituito dalla violazione della morale e della risonanza esterna degli atti.

Dal 1941 ad oggi nessun intervento normativo è intervenuto per prendere atto della mutata situazione e dell'ingresso delle donne nella compagine militare.

Si deve quindi rilevare l'assoluta inadeguatezza dell'attuale normativa che non riconosce alla magistratura militare giurisdizione in ordine a tali fatti, che pur rientrerebbero ragionevolmente nella sua competenza dal momento che gli stessi sono riconosciuti dalla Costituzione e quindi dovrebbero essere impiegati nella repressione di tali fatti.

Attualmente i tribunali militari hanno potuto far uso giudiziario solo dei modesti strumenti previsti dalla apposita normativa vigente e, qualora ne ricorressero gli estremi, punire i fatti di più lieve entità, cioè le fattispecie di ingiuria per condotte consistenti in espressioni verbali volgari ed in alcuni casi manomissioni di minima rilevanza.

Invece i comportamenti più gravi e quindi le lesioni maggiori del bene della libertà sessuale della donna consistenti in atti di incisività effettiva nella sfera sessuale sono rimasti puniti dalla legge penale comune e quindi giudicati dalla magistratura ordinaria.

Questo costituisce. a mio parere. un vulnus nella tutela del soldato donna, in quanto manca una tutela incisiva ed immediata qualora tali reati si verifichino in caserma.

Sotto un primo aspetto, infatti la circostanza che il giudice ordinario debba occuparsi dei reati di violenza sessuale commessi in tale contesto comporta che, a causa del lavoro eccessivo che grava gli organi giudiziari ordinari, i tempi dei processi diventino lunghi e per tale motivo l'effettiva tutela della donna militare sia fortemente affievolita laddove invece per le caratteristiche del mondo militare sarebbe necessario un intervento più immediata che il giudice militare sarebbe in grado di garantire.

Inoltre dal momento che in sede costituente si è fatta la scelta di mantenere una giurisdizione dedicata per il mondo militare, per coerenza, ne deve discendere la necessità che sia il giudice specializzato militare ad occuparsi di fatti che ledono la sfera sessuale nelle caserme e che questi siano considerati reati contro la persona del militare donna al pari di quello che avviene nel codice penale comune per la donna in genere.

Ritengo che tale lacuna del codice penale militare di pace debba essere colmata inserendo nel codice penale militare le stesse figure criminose previste dal codice penale comune che riguardano la violenza sessuale (artt 609 bis e ss e 612 bis cp.) ed attribuendo conseguentemente la competenza alla magistratura militare, perché solo in tale maniera si realizzerà una tutela piena ed effettiva della donna nel contesto militare.

Devo altresì rilevare un'ulteriore criticità che merita di ottenere una risposta immediata sul piano legislativo: la mancata previsione nel codice penale militare di pace dell'istituto della querela che, come è noto, consente alla persona offesa di richiedere la punizione del colpevole di un reato a proprio danno.

Orbene nel contesto normativo vigente il soggetto militare-sia uomo che donna- che sia vittima di un reato contro la persona (ingiuria, percosse, minaccia, lesione personale) non può chiedere al giudice militare la punizione del colpevole in quanto la valutazione se perseguire o meno il fatto in via penale è lasciata al comandante di corpo al quale è devoluto il potere di presentare la richiesta di procedimento.

È evidente che in conseguenza di tale situazione il soggetto passivo di un reato –e, per quel che riguarda qui, la donna militare che subisce un reato contro la sua persona- viene di fatto espropriata del diritto di chiedere la punizione del colpevole e letteralmente soppiantata in tale sua scelta dal comandante, il quale poi più che la lesione subita dalla persona è tenuto valutare principalmente il pregiudizio per il servizio che tale atto criminoso ha prodotto nel contesto militare.

Non è previsto che il soggetto passivo del reato possa proporre a propria tutela altra forma di doglianza se non in sede civile. La scelta sulla perseguibilità penale è come detto lasciata solo e soltanto alla valutazione del comandante di corpo.

Ritengo personalmente che tale assetto normativo non sia più conforme ai tempi in quanto configura un tipo di tutela esclusiva e prevalente del servizio, ponendo totalmente in secondo piano quelli che sono gli interessi ed i diritti di coloro che materialmente subiscono il reato, persone offese, le quali non possono chiedere soddisfazione al giudice penale.

A mio parere, la problematica può agevolmente risolversi attribuendo oltre che al comandante di corpo, anche alla persona offesa la facoltà di presentare querela dinanzi all'autorità giudiziaria militare, creando quindi un sistema di concorrenza alternativa fra richiesta di procedimento e querela, nel senso che se non ha presentato la richiesta di procedimento il comandante la parte lesa sarà legittimata a presentare querela.

Quelli che ho citato sono solo alcuni aspetti delle incongruenze dell'attuale situazione normativa conseguenti alla vigenza di un codice penale militare ormai obsoleto e non più in grado di far fronte all'esigenza di giustizia soprattutto a favore delle donne militari nell'ambito delle Forze armate ma spero che possano fornire degli adeguati punti di riflessione per modifiche legislative a breve termine affinché il cittadino militare ed in particolare la donna militare possano godere di un trattamento che garantisca i principali di diritti civili che uno Stato deve attribuire a chi lo difende in armi. Ringrazio per l'attenzione.

I reati di spionaggio, spionaggio militare e rivelazione di segreti militari

The crime of espionage, military espionage and the revelation of military secrets

di *Elisabetta* TIZZANI[1]

Sommario: 1. Il concetto di Segreto di Stato: incidenza della L. 3.8.2007 n. 124 – 2. Il segreto militare e le notizie di cui è vietata la divulgazione: tra regolamenti attuativi e indiretta applicazione del R.D. 1161/44 – 3. Il reato di cd. spionaggio militare – 4. Rapporti con la fattispecie comune di cui all'art 261 c.p. Rinvio alle ipotesi di rivelazione di segreto non a scopo di spionaggio di cui all'art. 91 c.p.m.p. – 5. Rivelazione di notizie riservate: art. 93 c.p.m.p. e art. 262. c.p. Il rinvio alle norme penali militari che prevedono "la rivelazione" e il "procacciamento" di notizie segrete (artt. 86, 88, 89 e 91 c.p.m.p.). Concetto di "procacciamento"

1. Il concetto di Segreto di Stato: incidenza della L. 3.8.2007 n. 124.

Sia il codice penale comune sia quello militare prevedono fattispecie di reato con cui si sanziona lo " spionaggio".
L'art. 86 c.p.m.p. (rivelazione di segreti militari a scopo di spionaggio) è inserito tra le norme poste a tutela della difesa militare e della fedeltà.
L'art. 257 c.p. sanziona lo spionaggio politico e militare mentre l'art. 261 c.p. la rivelazione di segreti di Stato e sono entrambi inseriti nei delitti contro la personalità dello Stato.
Il carattere comune di tutte le ipotesi delittuose citate è " la segretezza delle informazioni". Preliminarmente quindi bisogna interrogarsi sul concetto di " segreto".

Quale principio generale si può affermare che sono segreti quegli atti, documenti, notizie, attività, luoghi o cose conosciute da un numero limitato di persone e la cui divulgazione danneggerebbe interessi fondamentali dello Stato.
Il "segreto" era disciplinato dl R.D. 11 luglio 1941 n. 1161, relativamente al segreto militare, e dalla l. 24 ottobre 1977 n. 801 relativamente al segreto di Stato.

Invero secondo alcuni autori l'entrata in vigore della legge del 1977 avrebbe comportato l'abrogazione implicita del regio decreto del 1944.
La successiva legge 3 agosto 2007 n. 124 (**Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto)** all'art. 44 ha abrogato la legge 801/77 e tutte le norme con essa incompatibili.

Per cui ad oggi la disciplina relativa al segreto di Stato è regolata dalla legge del 2007 che ha ridefinito i confini della segretezza e della riservatezza delle notizie e ha comportato anche la ridenominazione degli organi competenti: il SISMI è stato trasformato in AISE (Agenzia informazioni e sicurezza esterna); il SISDE è stato trasformato in AISI (Agenzia informazioni e sicurezza interna); il CESIS è stato trasformato in DIS (Dipartimento delle informazioni per la sicurezza); il CIIS è stato trasformato in CISR (Comitato interministeriale per la sicurezza della Repubblica).

Per quanto attiene la definizione di segreto di Stato l'art. 39 recita " Sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno **all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato".**

(*) *Testo, riveduto ed integrato, dell'intervento svolto il 19 dicembre 2018 nell' ambito del Corso di Formazione per Avvocati a cura dell'Associazione forense "Le Toghe", tenuto presso il Tribunale militare di Roma.*

[1] Magistrato militare, Giudice coord. ufficio GIP/GUP - Tribunale militare di Roma.

In definitiva in una unica disposizione normativa sono raccolti sia il segreto di Stato sia il segreto militare.

Ciò che rileva è che la norma abbia previsto quattro settori al di là dei quali non può parlarsi di segreto.

Il legislatore cerca di definire i "confini" della materia facendo tesoro dei principi affermati dalla Corte Costituzionale chiamata ad intervenire sulla legittimità di norme ritenute violative dei principi di tassatività della legge penale in quanto rinviavano a valutazioni discrezionali la integrazione del precetto.

Vengono quindi create quattro sfere di protezione compatibili con i principi costituzionali: - segreto militare; - tutela della sicurezza interna dello Stato; - tutela della sicurezza esterna dello Stato,- tutela delle relazioni con altri Stati.

Tali concetti limitano, o meglio dovrebbero delimitare, il campo di azione delle disposizioni relative al segreto.

Il segreto militare, come definito, esclude che possano ritenersi segrete le disposizioni attinenti al funzionamento delle forze armate.

Il segreto relativo alla sicurezza esterna attiene a notizie la cui diffusione potrebbe facilitare aggressioni anche solo ipotetiche al nostro paese da parte di Stati o forze esterne.

La sicurezza interna attiene solo alla difesa di fondamentali strutture dello Stato (dovendosi escludere ogni informazione attinente i piani di tutela dell'ordine pubblico).

La segretezza relativa alle relazioni con altri Stati (segreto diplomatico) è solo quella relativa alla diffusione di notizie che potrebbero mettere in pericolo la sicurezza dello Stato e non le semplici relazioni tra Stati.

In tal modo, in applicazione dei principi fissati dalla Corte Costituzionale, si ritiene prevalente la tutela del segreto di Stato rispetto ad altri beni-interessi costituzionalmente rilevanti perché, così come ritenuto dalla Corte, la difesa della Patria e della sicurezza nazionale deve essere garantita con priorità.

Sempre al fine di meglio comparare le esigenze di sicurezza nazionale e la tutela di altri beni costituzionalmente garantiti, la legge interviene ponendo una serie di limiti.

Definisce segrete le informazioni poste a conoscenza di un numero limitato di persone ossia **solo "**soggetti e autorità chiamati a svolgere rispetto ad essi funzioni essenziali, nei limiti e nelle parti indispensabili per l'assolvimento dei rispettivi compiti e il raggiungimento dei fini rispettivamente fissati."

Ma soprattutto introduce al terzo comma il principio della **concreta offensività** della diffusione di tali notizie ossia la necessità che vi sia una lesione concreta delle finalità riportate nel primo comma (*all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato).*

Ulteriori limiti sono previsti in merito alla procedura di opposizione del segreto.

In particolare :

- il Presidente del Consiglio disciplina con regolamento i criteri di individuazione delle informazioni, documenti ecc. da secretare;
- il segreto di Stato non può mai riguardare informazioni relative a fatti eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale (ossia delitti di strage, associazione a delinquere di stampo mafioso, scambio elettorale di stampo politico-mafioso inserite per la prima volta);
- il Presidente del Consiglio, interpellato dall'autorità giudiziaria o altre, deve comunicare i casi di conferma del segreto di Stato al Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR) che, se ritiene infondata l'opposizione, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni (cfr. "nel caso di conferma dell'opposizione del segreto di Stato, ai sensi dell'articolo 202 del codice di procedura penale, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, o dell'articolo 66, comma 2, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, il Presidente del Consiglio dei ministri è tenuto a dare comunicazione, indicandone le ragioni essenziali , al

Comitato parlamentare di cui all'articolo 30 della presente legge. Il Comitato, se ritiene infondata l'opposizione del segreto, ne riferisce a ciascuna delle Camere per le conseguenti valutazioni");

- se l'opposizione del segreto di Stato è confermata con atto motivato dal Pr**esidente del Consiglio dei ministri, l'autorita' giudiziaria non può acquisire e utilizzare, anche indirettamente, le notizie coperte dal segreto anche se non le è precluso di procedere in base a elementi autonomi e indipendenti dagli atti, documenti e cose coperti dal segreto**. Nel caso di conflitto ci si rivolge alla Corte Costituzionale;
- la durata del vincolo non è più illimitata ma fissata in 15 anni, ulteriormente prorogabili dal Presidente del Consiglio. La durata complessiva non può essere superiore a 30 anni ;
- sono introdotte anche le "classificazioni": l'art. 42 prevede che l'autorità che forma il documento può classificarlo come segretissimo, segreto, riservatissimo, riservato.

Si tratta di indicazioni rilevanti che risentono, come detto, delle varie decisioni della Corte Costituzionale in materia.

Medesimi principi sono stati ribaditi anche successivamente alla entrata in vigore della citata legge dalla Consulta.

Con sentenza n. 106 del 3 aprile 2009[2] , ma anche con sentenze n.24/2014 e n. 183/2017, la Corte ha ribadito la maggiore rilevanza costituzionale della sicurezza dello Stato, posta a fondamento della disciplina sulla segretezza, rispetto a beni comunque garantiti dagli artt. 1, 5 e 52 cost.

Si tratta di decisioni tutte scaturite dal processo a carico di funzionari del SISMI relativamente al sequestro del cittadino egiziano Abu Omar.

I fatti sono noti.

Abu Omar veniva rapito il 17 febbraio 2003 a Milano da dieci agenti della Cia: veniva condotto presso la base aerea di Aviano per essere trasferito in Egitto dove veniva recluso e sottoposto a torture.

Su di lui la procura di Milano stava svolgendo indagini in quanto sospettato di essere partecipe di organizzazioni fondamentaliste islamiche: le indagini ovviamente venivano interrotte a seguito della operazione della Cia.

Durante l'udienza del 22 ottobre 2008 la IV sezione penale del Tribunale di Milano, sospendeva l'esame di un ex funzionario del SISMI, che aveva opposto il segreto di Stato.

Trasmetteva gli atti al Presidente del consiglio perché confermasse il segreto di Stato anche in relazione agli ordini impartiti dal direttore del SISMI che si erano concretizzati in azioni illegali (*extraordinary rendition*), ovvero nel sequestro illegale e tortura di un soggetto sospettato di terrorismo[3]. Con la sentenza di primo grado del 4.11.2009[4] i responsabili del Sismi furono prosciolti

---

[2] Testualmente: "*l'A.G., difatti, seppur libera di Indagare , accertare e giudicare del fatto reato, non essendo lo stesso sottoposto a segreto di Stato, si trova/va' nell'impossibilità di avvalersi di quelle fonti di prova che, sebbene connesse al sequestro di persona, hanno tratto al rapporti tra servizi Italiani e stranieri ; rapporti da Intendersi, evidentemente , con riferimento non soltanto alle linee generali e strategiche di collaborazione tra I servizi interessati, ma anche agli scambi di informazioni ed agli atti di reciproca assistenza posti in essere in relazione a singole e specifiche……* e ancora la Corte afferma *" Il segreto di Stato, dunque, non ha mai avuto ad oggetto Il reato di sequestro in sé, accertabile all'A.G competente nei modi ordinari, bensi, da un lato i rapporti tra I servizi segreti italiani e quelli stranieri e, dall'altro, III assetti organizzativi ed operativi del SISMI, con particolare riferimento alle direttive ed agli ordini che sarebbero stati impartiti dal suo Direttore agli appartenenti al medesimo organismo, pur se tali rapporti, direttive ed ordini fossero in qualche modo collegati al fatto di reato stesso".*

[3] Si legge testualmente nella decisione del Tribunale monocratico di Milano nella richiesta inoltrata al presidente del consiglio dei Ministri : "*se siano coperte da Segreto di Stato direttive o ordini Impartiti dal Generale Nicolò Pollari ,nell'ambito delle sue prerogative di massima autorità del SISMI nel periodo Indicato nel capo di Imputazione, al propri sottoposti tese ad Impedire l'uso di mezzi o modalità illecite da parte del medesimi nell'opera di contrasto del terrorismo internazionale e, in particolare, nell'attività cosiddetta delle rendition"*.

[4] Il dispositivo della sentenza emessa dal Tribunale monocratico di Milano ,IV sez. penale, Dott. Oscar Magi, (sentenza N. 124281/09 del 4111/2009) relativamente ai vertici del SISMi … ""*Visti gli artt. 529 CPP, 202 comma 3 CPP, 41 legge 124 del 2007, dichiara, non doversi procedere nei confronti di Pollari Nicolò, Mancini Marco, Ciorra Giuseppe, Di Troia Raffaele , Di Gregori Luciano, in relazione al reato loro rispettivamente ascritto (capo A per tutti), perché fazione penale, per quanto legittimamente iniziata, non può essere proseguita per esistenza del*

in virtù dell'opposto segreto di Stato confermato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza del 3.4.2009 n. 106[5].
La sentenza di proscioglimento fu confermata in appello il 15 dicembre 2010.[6]

Il 19 settembre 2012 la Suprema Corte di Cassazione annullava la sentenza di appello ritenendo che non era stati valutati altri elementi di prova non coperti dal segreto.
Il 12 febbraio 2013 la Corte d'Appello di Milano, dopo il rinvio, condannava i due responsabili del Sismi riconoscendo, in applicazione di quanto indicato dalla Cassazione in sede di rinvio, "la portata troppo ampia e parzialmente illegittima del segreto di Stato emesso dai vari Governi Italiani degli ultimi anni su alcuni documenti".

Il 14 gennaio 2014 la Corte Costituzionale accoglieva il ricorso del Governo Italiano affermando che pur trattandosi di comportamenti *Extraordinary rendition,* ossia di ordini straordinari incompatibili con le tradizioni costituzionali e i principi di diritto comune agli stati membri della comunità europea, la non opponibilità del segreto di Stato può configurarsi quando vi sono atti di terrorismo e di eversione mentre nel caso in questione si procedeva per un singolo atto di sequestro di persona che come tale non poteva qualificarsi come inserito in una complessiva attività terroristica.

Il 24 febbraio 2014 la Corte di Cassazione, alla luce della decisione della Corte costituzionale, annullava senza rinvio la sentenza di condanna della Corte d'appello di Milano emessa il 12 febbraio 2013, assolvendo definitivamente gli imputati poiché l'azione penale non poteva essere proseguita per l'esistenza del segreto di stato.

La Corte di Strasburgo IV sezione, con sentenza del 23 febbraio 2016 , decisa all'unanimità, ha condannato l'Italia in relazione alla vicenda Abu Omar. La Corte ha affermato che lo stato italiano ha violato gli obblighi di cui agli artt. 3,5, e 8 CEDU in quanto non solo erano a conoscenza del piano dei servizi segreti americani di rapire l'imam attraverso una operazione qualificata come *extraordinary rendition* finalizzata alla consegna dell'uomo alle autorità egiziane ma ha anche cooperato con i funzionari americani alla prima fase della operazione.

La Corte "***rende omaggio al lavoro dei giudici nazionali che hanno fatto di tutto per tentare di stabilire la verità***" (§ 265), evidenziando che "**le sentenze di merito e di cassazione sulla vicenda abbiano dato prova di una "*fermezza esemplare*", rifiutando di riconoscere qualsiasi scusante in favore degli imputati"** (§ 267). Aggiunge che "*malgrado il lavoro degli investigatori e dei magistrati italiani, che ha permesso di identificare i responsabili e di pronunciare delle condanne nei loro confronti,* ***le condanne medesime sono rimaste prive di effetto***" (§ 272)[7].

---

segreto di Stato opposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri e confermato con la sentenza della Corte Costituzionale n.106 del 3.4.2009".

5 Corte cost. 3.4.2009 n. 106 : la corte dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto «nell'interesse della Sezione GIP del Tribunale di Milano» nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri; dichiara inammissibile il ricorso n. 6 del 2007 proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri; accoglie parzialmente i ricorsi n. 2 e n. 3 del 2007 proposti dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano e del Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale, anche in funzione di Giudice dell'udienza preliminare, e, per l'effetto, dichiara che non spettava alle predette Autorità giudiziarie porre a fondamento, rispettivamente, della richiesta di rinvio a giudizio e del decreto che dispone il giudizio, emessi nei confronti dei soggetti ritenuti responsabili del sequestro di persona ai danni di Nasr Osama Mustafa Hassan, alias Abu Omar, i documenti acquisiti all'esito della perquisizione eseguita il 5 luglio 2006 e successivamente trasmessi all'Autorità giudiziaria, con parziali omissioni relative a dati coperti da segreto di Stato, nonché la richiesta di svolgimento dell'incidente probatorio, e con essa sia l'ordinanza che lo ha disposto sia il relativo verbale di acquisizione della prova del 30 settembre 2006, annullando, per l'effetto, tali atti processuali nelle corrispondenti parti; accoglie parzialmente il ricorso n. 14 del 2008 proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti del Giudice monocratico della IV sezione penale del Tribunale di Milano, limitatamente all'ordinanza del 14 maggio 2008, dichiarando che non spettava al Giudice predetto ammettere le prove ivi indicate; respinge il ricorso n. 20 del 2008 proposto dal Giudice monocratico della IV sezione penale del Tribunale di Milano nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, dichiarando che spettava a quest'ultimo emettere sia la nota 6 ottobre 2008 (n. 6000.1/42025/GAB) sia le due note 15 novembre 2008 (n. USG/2.SP/556/50/347 e n. USG/2.SP/557/50/347).

6 C. App. Milano, sez. III, 15.12.10 (dep. 15.3.11), Pres. Silocchi, Est. Manca, imp. Adler e a.

7 Corte EDU, IV sezione, Nasr e Ghali c. Italia, sent. 23 febbraio 2016 (ric. n. 44883/09).

2. Il segreto militare e le notizie di cui è vietata la divulgazione: tra regolamenti attuativi e indiretta applicazione del R.D. 1161/44.

All'interno della nuove disposizioni previste dalla legge 124/2007 trova spazio il **segreto militare.**

Rilevante è distinguere le notizie segrete da quelle riservate per cui è fatto divieto di divulgazione.

Come già premesso la norma di riferimento in merito alla definizione e limiti del segreto militare era R.D. 11 luglio 1941 n. 1161 ("*Norme relative al segreto militare*").

Tale disposizione risulta esplicitamente abrogata dall'art. 2268 c. 197 del D.Lgs. 15 marzo 2010 n.66 con conseguente applicazione in tale materia delle disposizioni della legge 124/2007.

Va però precisato che l'art. 235 (Disciplina del segreto su beni e attività militari. Rinvio) della legge 66/2010 prevede:

"*Il segreto su atti, documenti, notizie, attività e beni militari e' disciplinato dalla legge 3 agosto 2007, n. 124 e dai decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri 8 aprile 2008, 12 giugno 2009, n. 7 e 12 giugno 2009, n. 8*".

Il d.p.c.m. 8 aprile 2008 disciplina i criteri per la individuazione delle " notizie, delle informazioni, dei documenti, degli atti, delle attività, delle cose e dei luoghi suscettibili di essere oggetto di segreto di Stato, nonché individua gli uffici competenti a svolgere, nei luoghi coperti da segreto di Stato"..

In virtù dell'art. 3 di tale regolamento nonché del successivo allegato deve ritenersi che in merito al segreto militare (ossia alla preparazione e la difesa militare dello Stato di cui all'art. 3 del regolamento) devono considerarsi materie in relazione alle quali si applica la tutela del segreto militare quelle attinenti a:

1. il materiale o gli avvenimenti interessanti l'efficienza bellica dello Stato ovvero le operazioni militari in progetto o in atto;
2. l'ordinamento e la dislocazione delle Forze armate, sia in pace sia in guerra;
3. l'efficienza, l'impiego e la preparazione delle Forze armate;
4. i metodi e gli impianti di comunicazione ed i sistemi di ricetrasmissione ed elaborazione dei segnali per le Forze armate;
5. i mezzi e l'organizzazione dei trasporti, nonché le dotazioni, le scorte e le commesse di materiale delle Forze armate.

Negli allegati al d.p.c.m. del 12.6.2009 n. 7 sono riportati gli atti classificabili come segretissimi, segreti, riservatissimi, riservati. In tutti gli allegati, quindi relativamente ad ogni classificazione, nell'elenco delle materie oggetto della specifica disciplina si riportano espressamente le " *materie di cui al R.D. 11 luglio 1941, n. 1161 , concernente «Norme relative al segreto militare»"* (cfr. lett. R) all. a; lett. Q) all. b; lett. P all. c), lett. C all. d).

In definitiva, seppure formalmente abrogato, il richiamo esplicito al regio decreto 1611/41, relativamente alle materie come classificate, consente di ritenere, seppure non formalmente in vigore, tale disposizione quantomeno richiamata ad integrazione del contenuto delle nuove norme in relazione alla specifica elencazione delle materie per cui la tutela del segreto trova applicazione.

In primo luogo va evidenziato che la classificazione delle materie assume la funzione di "assicurare la tutela amministrativa di informazioni, documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea a recare un pregiudizio agli interessi fondamentali della Repubblica".

In particolare la disposizione regolamentare specifica che:

" *La classifica SEGRETISSIMO è attribuita a informazioni, documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un danno eccezionalmente grave agli interessi essenziali della Repubblica. La classifica SEGRETO è attribuita a informazioni, documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un danno grave agli interessi essenziali della Repubblica.. La classifica RISERVATISSIMO è attribuita a informazioni, documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un danno agli interessi essenziali della Repubblica. La classifica RISERVATO è attribuita a informazioni,*

documenti, atti, attività o cose la cui diffusione non autorizzata sia idonea ad arrecare un danno lieve agli interessi della Repubblica".
Quali sono quindi le materie per cui è vietata la divulgazione nel settore militare?
Nel d.p.c.m. n. 7/2009 sono previste quelle attinenti:
-. addestramento e preparazione professionale di tipo specialistico per lo svolgimento delle attività istituzionali,
- relazioni con Organi informativi di altri Stati;
- infrastrutture e poli operativi e logistici, l'assetto ed il funzionamento degli impianti, dei sistemi e delle reti di telecomunicazione, radiogoniometriche, radar e cripto, nonché di elaborazione dati, appartenenti al DIS, all'AISE ed all'AISI, nonché appartenenti ad altre amministrazioni aventi quali compiti istituzionali l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, la difesa civile e la protezione civile;
- armamento, equipaggiamento, veicoli, mezzi e materiali speciali in dotazione al personale appartenente al DIS, all'AISE e all'AISI, nonché alle amministrazioni aventi quali compiti istituzionali l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica, la difesa civile e la protezione civile;
- materiali o quanto possa interessare l'efficienza bellica dello Stato ovvero le operazioni militari in progetto o in atto;
- metodi ed impianti di comunicazione e sistemi di captazione dei segnali per le Forze armate.
Nell'allegato al regio decreto 1161/41, a cui rinvia l'art. 1 della medesima disposizione normativa, sono considerate materie di carattere militare per cui è vietata la divulgazione nell'interesse della sicurezza dello Stato quelle attinenti :
1. - Ordinamento e dislocazione delle Forze armate, sia in pace sia in guerra.
2. - Efficienza ed impiego delle Forze armate.(Esercitazioni e manovre delle forze armate e forme di cooperazione fra esse)
3. - Preparazione delle Forze armate.
Programmi degli apprestamenti militari terrestri; programmi navali ed aeronautici; caratteristiche del progetto; costruttive, di armamento, di allestimento e funzionamento dei mezzi
4. - Metodi ed impianti di comunicazione per le Forze armate.
Tecnica dei sistemi per le comunicazioni radiotelegrafiche, radiogoniometriche, radiofoniche, con segnali ottici e con mezzi invisibili; reti telegrafiche e telefoniche, reti costiere militari.
5. - Mezzi ed organizzazione dei trasporti.
Impianti ferroviari militari o di interesse militare; organizzazioni ferroviarie nelle zone prossime alla frontiera o alla costa; linee ferroviarie di grande traffico .
6. - Dotazioni, scorte e commesse di materiale delle Forze armate.
Natura, quantità di armi, velivoli, motori, munizioni, esplosivi e materiali di qualsiasi altro genere dovunque accantonati, depositati e conservati e comunque appartenenti alle forze armate dello Stato, comprese le sostanze aggressive interessanti il servizio chimico militare.
7. - Fortificazioni, basi ed impianti delle Forze armate.
Opere di fortificazione (permanenti, semipermanenti, campali);
8. - Stabilimenti civili di produzione bellica ed impianti civili per produzione di energia. Stabilimenti di preminente interesse militare, per la preparazione bellica del paese perché adibiti alla produzione di armi, munizioni, esplosivi, navi, velivoli e materiale aeronautico, materie chimiche ed aggressivi chimici, autoveicoli, derrate e materiali vari per conto di amministrazioni militari.
9. - Mobilitazione militare e civile.
Leva: disposizioni per il richiamo alle armi di classi in congedo delle forze armate, consistenza delle forze in congedo, loro utilizzazione in caso di mobilitazione; dispense ed esoneri dai richiami alle armi per mobilitazione; progetti e predisposizioni per la mobilitazione, predisposizioni riguardanti speciali assegnazioni ad unità da mobilitare di personale sia alle armi, sia in congedo.
10. - Pubblicazioni, documenti, atti d'ufficio.
Argomenti tratti da pubblicazioni, documenti, atti d'ufficio elaborati da organi militari, sui quali sia apposta, con qualunque formula, l'indicazione del divieto di divulgazione,

11. - Pensiero ed attività del governo.
Direttive, ordinamenti ed attività del regio governo nelle trattative internazionali.

In definitiva, la specificità delle disposizioni normative in vigore, la chiara definizione fornita per qualificare il "segreto" e la "riservatezza" delle notizie consente di catalogare le " informazioni" che non devono essere divulgate.
Conclusivamente può affermarsi che il " segreto" è caratterizzato da:
- non notorietà delle notizie;
- **idoneità** della diffusione della notizia ad arrecare danni agli interessi tutelati dalla legge sulla segretezza;
- conoscibilità da parte di pochi.
- riconducibilità della notizia in una categorie previste normativamente (come sopra riportate).
La "notizia riservata" è, invece, quella (sempre rientrante nelle specifiche categorie elencate) conosciuta da un numero più ampio di destinatari che per scelta dell'autorità che ha firmato l'atto o che gestisce il settore viene classificata (con maggiore o minore grado di tutela) imponendo il divieto di divulgazione.

3. Il reato di cd. spionaggio militare.

Premessa la natura e la definizione di notizie segrete e riservate possiamo ora occuparsi delle singole fattispecie di reato.
L'art. 86 c.p.m.p. punisce la "rivelazione "di notizie che devono rimanere segrete attinenti la forza, preparazione e difesa militare dello Stato se effettuata nell'interesse di uno Stato estero.

In primo luogo quindi, ai fini della configurabilità della norma si deve trattare di notizie segrete rientranti nel segreto militare la cui divulgazione provocherebbe una lesione alla sicurezza, e difesa dello Stato.
La condotta consiste nel rivelare ossia portare a conoscenza, comunicare a persona non autorizzata a riceverla o pubblicare notizie che devono rimanere segrete.

La comunicazione ha forma libera: può concretizzarsi attraverso la voce, lo scritto, i disegni, i gesti, la consegna, l'esibizione o secondo dottrina anche solo consentendo ad un altro non autorizzato di venire a conoscenza delle informazioni.

Parrebbe quindi che anche una condotta omissiva possa integrare gli estremi del reato in questione. In realtà però mentre nell'art. 326 c.p. (rivelazione di segreto di ufficio) è espressamente previsto che l'agente consenta che un altro ne venga a conoscenza nell'art. 86 c.p.m.p. il legislatore ha solo fatto riferimento alla condotta rivelatrice. Direi, quindi, che, non potendosi interpretare la lettera della norma in modo così estensivo, nulla avendo esplicitato il legislatore, la fattispecie in questione si può ritenere concretizzata solo qualora la notizia venga direttamente trasmessa dall'agente mediante condotta attiva sia pure solo agevolatrice.

La norma definisce anche, invero in modo solo parzialmente coincidente con il dettato della L. 124/2007, la natura delle materie vincolate dal segreto militare.
In particolare sono tali, ai sensi dell'art. 86 c.p.m.p., non solo quelle attinenti la preparazione e la difesa militare ma anche la forza militare.

Mutuando i concetti dettati dal RD 1161/41 con " Forza" deve intendersi tutto ciò che riguarda la formazione la costituzione la composizione e la dislocazione di unità e di reparti, la loro consistenza numerica, i loro spostamenti i loro armamenti.

Con preparazione si deve intendere "ciò che riguarda il grado di addestramento e di allenamento delle truppe, la situazione morale e materiale delle unità o degli equipaggi, i programmi terrestri, navali, aeronautici, le caratteristiche costruttive di mezzi meccanici, eventuali deficienze o avarie, il funzionamento del materiale in uso o in esperimento".
Infine rientra nel concetto di "Difesa" ciò che riguarda le fortificazioni le postazioni di artiglieria, le basi navali, le stazioni di vigilanza costiera, gli impianti aeronautici, le basi missilistiche , le caserme , gli stabilimenti militari, gli arsenali.

In tal modo, come già detto, si delimita l'ambito di apposizione del segreto militare alle solo materie disciplinate dalla legge comunque riconoscibile dalle autorità di governo.
Si tratta di un reato di pericolo in quanto non è necessario che si sia verificato un concreto pregiudizio alla difesa militare dello Stato ma solo che vi sia il pericolo di tale evento.

Ci si chiede se si debba trattare di un pericolo concreto. In questo senso si è espressa parte della dottrina [8] che ritiene la necessità di tale pericolo in concreto tanto che qualora siano diffuse notizie false o inesatte se tali cioè da essere innocue ossia non pericolose non si potrebbe configurare il reato in questione; ma anche parte della giurisprudenza di merito che ha ritenuto necessaria la concreta idoneità lesiva della condotta dei supremi interessi dell'integrità territoriale, indipendenza e sopravvivenza e continuità dello Stato[9].

La finalità deve essere quella di spionaggio ossia favorire uno stato estero. Secondo parte della dottrina si tratta di una mera " finalità" della condotta[10] ; secondo altra configura la necessità di un dolo specifico in quanto la condotta deve essere diretta verso un fine ulteriore rispetto al semplice rivelare[11].

I limiti di applicazione della norma sono definiti, anche in relazione alla fattispecie comune, dalla qualità del soggetto agente e dal bene tutelato.
Tale fattispecie di reato, speciale rispetto a quello comune, sussiste in tutte le ipotesi in cui la rivelazione delle notizie segrete sia posta in essere dal militare e attenga a informazioni relative, la forza, la preparazione e la difesa dello Stato ossia venga rilevato un segreto militare.

4. Rapporti con la fattispecie comune di cui all'art 261 c.p. Rinvio alle ipotesi di rivelazione di segreto non a scopo di spionaggio di cui all'art. 91 c.p.m.p.

L'art. 261 c.p. punisce chiunque riveli notizie di carattere segreto.
La condotta di cui all'art. 261 c.p. e quella di cui all'art. 86 c.p.m.p. consistono entrambe " nel rivelare" notizie che devono rimanere segrete.

Diverso è sicuramente il soggetto attivo: chiunque nel 261 c.p. , il militare nell'art. 86 c.p.m.p.
Importante è definire il rapporto tra l'art. 86 c.p.m.p. e il secondo comma dell'art. 261 c.p. che sanziona la medesima condotta che però abbia compromesso la preparazione e efficienza bellica dello Stato o le operazioni militare.
In entrambi i casi viene rivelato un segreto militare ossia attinente la preparazione e le operazioni belliche. Anche in tal caso, però, sempre in applicazione del principio di specialità, la norma penale militare deve essere l'unica applicabile qualora il soggetto attivo sia il militare.

Diversa è comunque proprio la struttura del reato comune rispetto a quello militare in quanto prevede tre diverse ipotesi: rivelazione dolosa; rivelazione a scopo di spionaggio; rivelazione colposa.
Qui il reato è configurato con la sola rivelazione mentre lo scopo di spionaggio, politico o militare, integra un'aggravante.

Per il reato di cui all'art. 86 c.p.m.p., come visto, si tratta di una finalità intrinseca della condotta o comunque oggetto dello specifico volere da parte dell'agente (dolo specifico).
Tale disposizione normativa si pone quindi in correlazione con quella di cui all'art. 86 c.p.m.p. qualora la condotta sia posta in essere a scopo di spionaggio, e con quella di cui all'art. 91 c.p.m.p. qualora manchi lo scopo di spionaggio.

In effetti l'art. 91 c.p.m.p. sanziona, fuori dai casi di cui all'art. 86 c.p.m.p., il militare che ponga in essere la medesima condotta (ossia rivela notizie segrete attinenti la forza, la preparazione e la difesa militare dello Stato) e che devono rimanere segrete senza che tale condotta risulti posta in essere nell'interesse di uno Stato estero. Appare plausibile che, attesa la identità del fatto tipico[12],

---

8 Cfr. MESSINA, *I reati contro la fedeltà e la difesa militare*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1987, 295.
9 Cfr. T.M. di Padova 8 giugno 1989.
10 Cfr. BRUNELLI, MAZZI, *Manuale di diritto penale militare*, Milano, 2007.
11 Cfr. in tal senso INSOLERA, voce *Spionaggio*, in *Enc Dir. Giuffrè*.
12 In merito alla correlazione tra "stessa materia" e " medesimo fatto" cfr. Corte costituzionale n. 200 del 2016,

delle fattispecie penali militare e comune, indipendentemente dalla loro collocazione e quindi dal bene-interesse tutelato formalmente, e la sussistenza di un elemento specializzante (la qualifica del soggetto agente), si possa configurare non un concorso di reati ma di norme con applicabilità delle sole fattispecie speciali ai sensi dell'art. 15 c.p. ossia quelle previste dal codice penale militare.[13]

5. Rivelazione di notizie riservate: art. 93 c.p.m.p. e art. 262. c.p. Il rinvio alle norme penali militari che prevedono "la rivelazione" e il "procacciamento" di notizie segrete (artt. 86, 88, 89 e 91 c.p.m.p.). Concetto di " procacciamento".

La definizione di notizia riservata rileva ai fini dell'applicazione sia dell'art. 93 c.p.m.p. che dell'art 262 c.p.

E' riservata, come detto, la notizia non segreta perché conosciuta o conoscibile da un numero indeterminato di persone in un determinato ambito nonché quella il cui divieto alla divulgazione sia determinato da un provvedimento dell'autorità competente.

In realtà anche qui va fatta una valutazione di tali disposizioni nel rispetto delle disposizioni costituzionali.

Non vi è dubbio che spetti alla amministrazione decidere in merito alla riservatezza o meno della notizia ma è anche vero che le materie su cui si può intervenire "classificandone" il tipo di tutela non possono che essere quelle elencate dai regolamenti attuativi (d.p.c.m. 12 giugno 2009 n. 7 cit. e RD 1161/41 come richiamato).

In questo modo, seppure non vi è dubbio che si garantisce alla amministrazione una valutazione discrezionale, contestualmente si àncora la stessa a criteri predefiniti che garantiscano la tipicità' e certezza del diritto attesa la incidenza di tali provvedimenti su disposizioni di rilevanza penale.

In merito la Suprema Corte si è ripetutamente espressa affermando che le valutazioni discrezionali della amministrazione devono essere esclusivamente connesse a notizie che siano riconducibili alla tutela di interessi generali di natura assimilabile a quelli tutelati dal segreto di Stato [14].

In particolare di recente la Cassazione ha affermato che "*Il reato contestato (rivelazione di notizie riservate) , pertanto, non sussiste, giacchè le notizie relative al singolo momento addestrativo non hanno carattere di riservatezza in quanto non contemplate tra quelle normativamente qualificate come tali ai sensi del punto 2 dell'allegato al R.D. 1611/1941, richiamato dal d.p.c.m. n. 7 del 12.6.2009"*[15].

Con tale sentenza si è voluto ancorare rigidamente il concetto di materia riservata esclusivamente a quelle di cui il "*d.p.c.m. n. 7 del 12.6.2009 esplicitamente rimanda, con l'allegato C), ai fini di delimitare l'ambito di riservatezza delle notizie militari, al R.D. 11.7.1941 n. 1611, atto normativo quest'ultimo abrogato dall'art.2268, comma 1, D.Lgs. 15 marzo 2010, n. 66, con la decorrenza prevista dall'art. 2272, comma 1 del medesimo D.Lgs. e cioè dal dì 8 ottobre 2010, ma, ciò nondimeno parzialmente recuperato nella sua vigenza normativa dal richiamo legislativo appena indicato"*.

In definitiva possono considerarsi notizie riservate la cui divulgazione è vietata solo quelle espressamente indicate normativamente.

La divulgazione di tali notizie integra la fattispecie di reato in questione in ogni caso qualora, in applicazione del principio di pericolo in concreto, possa derivare un pregiudizio agli interessi che giustificano il segreto di Stato[16] .

---

[13] In tal senso cfr. Cass. Sezioni unite sent. 22 giugno 2017 (dep. 12 settembre 2017), n. 41588, Pres. Canzio, Rel. Montagni, Ric. La Marca : "*l'insegnamento delle Sezioni Unite è consolidato nel ritenere che per "stessa materia" deve intendersi la stessa fattispecie astratta, lo stesso fatto tipico nel quale si realizza l'ipotesi di reato; con la precisazione che il riferimento all'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza ai fini dell'applicazione del principio di specialità* (Sez. U., n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, cit.; Sez. U., n. 1963 del 28/20/2010, Di Lorenzo, cit.).

[14] Cfr. Cass. 3.10.2007 ced 237746, e Cass. 30.4.2009 ced 244129).

[15] Cfr. Cass. sent. 787 del 28.9.2012.

[16] In tal senso Cass. *Sez.* 1, *Sentenza n.* 47224 *del* 05/11/2013 Cc. (dep. 28/11/2013) Rv. 257476 – 01).

In merito alla condotta sanzionata dall'art. 93 c.p.m.p. il legislatore ha rinviato a quanto previsto dagli articoli precedenti prevedendo solo una diversa pena ossia la sostituzione dell'ergastolo con la reclusione non inferiore a venti anni e la diminuzione delle altre pene da un terzo alla metà (" *per i fatti preveduti dagli articoli precedenti, quando le notizie indicate negli articoli stessi non sono fra quelle che devono rimanere segrete ma hanno carattere riservato, per esserne stata vietata la divulgazione dall'autorità competente , all'ergastolo è sostituita la reclusione* ecc).

Invero, atteso il tenore della rubrica (procacciamento o rivelazione di notizie di carattere riservato) il rinvio alle disposizioni precedenti va limitato solo a quelle che prevedono la medesima condotta ossia "procacciamento o rivelazione"[17].

Conseguentemente viene sanzionata la rivelazione di notizie riservate: - a scopo di spionaggio per il rinvio implicito all'art. 86 c.p.m.p.; - non a scopo di spionaggio, per il rinvio all'art. 91 c.p.m.p.; nonché le condotte di procacciamento sia a scopo di spionaggio per il rinvio all'art. 88 c.p.m.p. che a scopo non di spionaggio come da art. 88 c.p.m.p.

Il rinvio operato da tale norma anche alle disposizioni che sanzionano il "procacciamento " di notizie segrete pone innanzitutto la questione di un eventuale concorso di reati nel caso in cui il militare si procuri le informazioni (segrete o riservate) e poi le divulghi sia relativamente ai rapporti con le corrispondenti fattispecie penali comuni.

In primo luogo va evidenziato che il procacciamento di una notizia consiste nel procurarsi, senza esserne autorizzato, informazioni qualificabili come segrete e riservate ossia se ne acquisisca materialmente il possesso[18] e/o la conoscenza.[19]

La diversa tipologia della condotta (procurarsi e divulgare) consentirebbe di ipotizzare il concorso delle due ipotesi di reato[20]. Diversamente è stato ritenuto che trattandosi di condotta unificabile in relazione allo scopo ma anche alla tutela non sarebbe ipotizzabile la doppia punizione per chi si procaccia notizie e le riveli.[21]

Invero i rapporti tra tali disposizioni di cui al codice penale militare ma anche i rapporti tra le stesse e le corrispondenti previste dal codice penale comune (artt. 256 , 257, 258 , 261 e 262 c.p.) devono essere regolati in applicazione dei principi fissati dalla Suprema Corte e dalla Consulta come sopra citati tenendo conto della identità del fatto tipico e della sussistenza di un elemento specializzante che indurranno ad applicare la disposizione di cui all'art. 15 c.p.

In particolare, nello specifico caso dei rapporti tra le norme penali militari e quelle comuni deve, in applicazione del criterio di specialità, configurarsi la sola norma penale militare nel caso di procacciamento o divulgazione da parte di un militare di notizie riservate attinenti la preparazione, la forza, la difesa militare, o comunque le materie specificatamente elencate.

---

17 Cfr. in tal senso T.S.M. 3.12.1976 in *Rass. Giust. Mil.*, 1977.

18 In tal senso cfr. FIANDACA, MUSCO, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, p. 65.

19 In tal senso, ossia che il reato si può configurare solo se l'agente acquisisca conoscenza della notizia in virtù di una interpretazione sistematica attesa la autonoma punibilità del possesso di documenti relativi alla forza, preparazione e difesa militare ex art. 90 c. 1 n. 4 c.p.m.p.

20 In tal senso VEUTRO, *Diritto penale militare*, in LANDI-VEUTRO-STELLACCI-VERRI, *Manuale di diritto e di procedura penale*, Milano, 1997.

21 In tal senso MESSINA, *I reati contro la fedeltà e la difesa militare*, in *Rass. Giust. Mil.*, 1987, p. 291.

Da autonomi a completamente autonomi: l'applicazione dell'Intelligenza Artificiale nei sistemi d'arma autonomi (LAWS)

From autonomous to fully autonomous: the application of Artificial Intelligence in the Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS)

di *Adriano* IARIA[1]

ABSTRACT: Il diritto internazionale umanitario esistente è costantemente messo alla prova dall'introduzione di nuove tecnologie nel campo militare. In particolare, l'intelligenza artificiale, in grado di trasformare sistemi d'arma autonomi in sistemi d'arma completamente autonomi, apre degli scenari inediti sul ruolo che le macchine potranno avere in futuro nel prendere delle scelte di vita o di morte degli esseri umani in modo indipendente. L'articolo esplora alcuni aspetti giuridici esistenti, sostenendo che nello sviluppo di questi sistemi d'arma risulti necessario mantenere un significativo controllo umano sulle decisioni prese al fine di rispettare il diritto internazionale umanitario esistente.[2]

The introduction of new technologies in the military field constantly tests the existing international humanitarian law (IHL). Emerging technologies such as Artificial Intelligence, able to transform autonomous weapon systems in fully autonomous weapon systems, opens a new scenario in the role played by machines that, in the future, may take decisions related to life or death for human beings independently. The article explores some of the existing legal aspects, by supporting the theory according to a meaningful human control over these weapon systems is necessary to respect the existing IHL.

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il piano giuridico – 3. La protezione dei civili – 4. Mezzi e metodi di combattimento – 5. Il ruolo dei consulenti giuridici e politici – 6. L'umanità e la pubblica coscienza – 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

L'intelligenza artificiale (AI) rappresenta il fulcro intorno a cui nei prossimi anni si svilupperà una rivoluzione industriale senza precedenti. La società civile e la comunità internazionale negli ultimi anni si sta interrogando sui rischi che l'AI pone qualora tali tecnologie venissero implementate e sfruttate a pieno nel campo militare con lo sviluppo di sistemi d'arma autonomi[3]. Una preoccupazione che ha spinto, nel 2018, il colosso Google a non rinnovare il contratto con il Pentagono per il progetto Maven dopo le proteste dei suoi dipendenti perché il software sviluppato da Google è in grado di migliorare la raccolta e l'analisi delle immagini inviate dai droni statunitensi per colpire obiettivi militari[4]. Mossi dalla stessa ragione, nel 2017 un gruppo di imprenditori, scienziati ed esperti ha sottoscritto un appello per mettere al bando i robot killer, ponendo l'attenzione sui rischi di una "terza rivoluzione nelle operazioni militari" qualora il diritto internazionale umanitario non venisse aggiornato per tenere il passo dell'attuale rivoluzione tecnologica[5].

L'industria militare e le forze armate vedono nelle armi autonome una grandissima opportunità e rappresentano una vera rivoluzione nel settore militare. Una maggior rapidità di

---

1 Referente diritto internazionale e diritti umani di Croce Rossa Italiana e saggista, ha conseguito la laurea magistrale in Relazioni Internazionali presso la Scuola Cesare Alfieri dell'Università degli studi di Firenze.

2 Articolo sottoposto alla procedura di *double blind peer review*. Si evidenzia che il contributo esprime la libera opinione dell'Autore e non quella dell'Amministrazione di appartenenza.

3 La definizione utilizzata in inglese è Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS).

4 The New York Times, *Google Will Not Renew Pentagon Contract That Upset Employees,* 1 giugno 2018.

5 BBC, *Killer robots: Experts warn of 'third revolution in warfare'*, 21 agosto 2017.

elaborazione di dati complessi garantendo maggior precisione e efficienza militare, la promessa di nuove capacità in ambito militare grazie all'utilizzo dell'AI, nonché un minor stress fisico e psicologico per i soldati – alcune missioni potranno essere portate a termine completamente o in parte da sistemi d'arma autonomi – rappresentano alcuni dei fattori sul perché queste tipologie di armi siano così interessanti per i vari dipartimenti e ministeri della difesa.

Ogni rivoluzione tecnologica ha degli effetti anche nella condotta delle ostilità: al mutare delle tecnologie disponibili per condurre le ostilità, mutano anche i mezzi e i metodi di combattimento impiegati. Tuttavia, ciò che rende questa rivoluzione diversa è dato dalla natura della tecnologia stessa, ciò in quanto le precedenti innovazioni tecnologiche in campo militare – la polvere da sparo, gli aerei, i missili balistici, i droni – non prevedevano nient'altro che nuovi mezzi o metodi di combattimento utilizzati dall'essere umano per portare avanti un'azione militare. Che tale azione consista nel premere il grilletto e generare la combustione della polvere da sparo, sganciare una bomba da un aereo, azionare il sistema di lancio di un missile balistico o selezionare un obiettivo attraverso una videocamera montata su un drone, tali mezzi e metodi di combattimento vedono nell'uomo l'elemento centrale, nonché responsabile, della condotta. Ma la rivoluzione tecnologica in corso pone il rischio di trasformare alcune armi da strumenti di guerra in agenti di guerra.

2. Il piano giuridico.

I sistemi d'arma autonomi di per sé non aprono un capitolo nuovo nella condotta delle ostilità, è piuttosto l'utilizzo di armi autonome che implementano tecnologie emergenti come quelle dell'AI che apre un nuovo capitolo nei conflitti armati, trasformando potenzialmente queste armi da autonome a completamente autonome. Se simili tecnologie troveranno applicazione, è indubbio che dovranno farlo all'interno della cornice giuridica data dal diritto internazionale umanitario. Gli attuali sistemi d'arma autonomi – di contraerea e anti-missilistici[6] – hanno la caratteristica di essere difensivi – reagiscono a seguito di un'intrusione nello spazio aereo con una risposta immediata e limitata – e con un alto grado di prevedibilità nell'esito della loro azione. Tuttavia, armi autonome che integrano l'intelligenza artificiale, permettendo alla macchina di poter imparare (*deep learning*) e quindi di modificare il proprio comportamento, potrebbero non permettere a chi ne sceglie l'utilizzo di poterne prevedere il comportamento e, in ultima istanza, di essere responsabile della condotta posta in essere.

Per molti esperti, il cambiamento chiave che si è avuto negli ultimi anni – una sfida fondamentale nella prevedibilità del sistema – è l'ulteriore sviluppo dell'intelligenza artificiale, e in particolare degli algoritmi che incorporano l'apprendimento automatico. In generale, i sistemi di apprendimento automatico possono avvenire solo in un determinato momento. Il "comportamento" dell'algoritmo di apprendimento è determinato non solo dalla programmazione iniziale (eseguita da un essere umano) ma anche dal processo in cui l'algoritmo stesso "impara" e si sviluppa per "esperienza". Si individuano dunque due fasi: la prima è data dall'apprendimento tramite la formazione prima dell'utilizzo, mentre la seconda fase è data dall'apprendimento online per esperienza, durante lo svolgimento di un'attività[7].

Sono molteplici gli attori che stanno portando avanti il dibattito sui LAWS: Stati, organizzazioni internazionali, organizzazioni non governative, università e aziende; un dibattito che nasce dall'esigenza innanzitutto di definire cosa siano i LAWS, i possibili utilizzi e se il loro utilizzo sia contrario al diritto internazionale umanitario.

Il dibattito non si concentra sull'utilizzo dell'AI in tutti i sistemi d'arma; algoritmi in grado di monitorare e intervenire sul normale funzionamento del sistema d'arma, di elaborare rapidamente una grande quantità di dati provenienti anche da altri canali sono già utilizzati e non sollevano alcun dubbio di natura etica e giuridica. La principale preoccupazione su cui la comunità internazionale si

---

[6] Si vedano l'Iron Dome sviluppato da Israele, il Goalkeeper Close-In Weapon System dei Paesi Bassi o il Nächstbereichschutzsystem (NBS) MANTIS utilizzato dalla Germania.

[7] ICRC, *Ethics and autonomous weapon systems: An ethical basis for human control?*, 3 aprile 2018.

sta interrogando è data da algoritmi in grado di prendere decisioni in modo autonomo sulla selezione e l'attacco di un obiettivo e, in ultima istanza, in grado di compiere scelte che hanno a che fare con la vita o la morte degli esseri umani.

Al momento, il forum più promettente affinché questi temi possano essere sviluppati è dato dal Gruppo di Esperti Governativi (GGE) sui LAWS stabilito nel 2016 durante la quinta conferenza di revisione della Convenzione su certe armi convenzionali (CCW – *Convention on Certain Conventional Weapons*).

Dal 1980, anno in cui la CCW è stata adottata, questa convenzione ha rappresentato la cornice giuridica in cui gli Stati hanno avviato un dialogo proficuo per vietare o limitare armi considerate eccessivamente dannose o aventi effetti indiscriminati.

Infatti, nel corso degli anni sono stati adottati cinque protocolli che stabiliscono divieti o limitazioni sull'uso delle tipologie seguenti di armi: armi intese a ferire con l'uso di frammenti non rilevabili nel corpo tramite raggi X (Protocollo I), mine e trappole e altri dispositivi (Protocollo II), armi incendiarie (Protocollo III), laser accecanti (Protocollo IV), residuati bellici esplosivi (Protocollo V).

Nel 2013, durante la Conferenza degli Stati parte alla CCW, è stato stabilito di istituire una serie di incontri informali tra esperti sui sistemi d'arma autonomi che si sono protratti fino al 2016, anno in cui è stato deciso di istituire un Gruppo di Esperti Governativi della CCW sui sistemi d'arma autonomi, che ha avviato i suoi lavori, tuttora in corso, per esplorare le tecnologie emergenti nell'area dei sistemi d'arma autonomi[8].

Ad oggi non esiste una definizione generalmente riconosciuta dalla comunità internazionale su cosa sia un sistema d'arma autonomo[9]; al momento il tipo e il grado d'autonomia del sistema d'arma, nonché il livello di supervisione umana, rappresentano le principali questioni su cui non si riesce a giungere ad una definizione condivisa.

Secondo il Comitato Internazionale di Croce Rossa un sistema d'arma autonomo è definito come: «qualsiasi sistema d'arma con un'autonomia nelle sue funzioni critiche, un sistema d'arma che può selezionare (cercare, individuare, identificare, tracciare o selezionare) e attaccare (uso della forza, neutralizzare, danneggiare o distruggere) obiettivi senza l'intervento umano»[10].

L'assenza, per il momento, di una definizione generalmente riconosciuta non permette agli Stati di progredire nel stabilire norme *ad hoc* sui LAWS, tuttavia questo tipo di armi non si pongono all'interno di un *vacuum* normativo.

Secondo lo Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (CIG), la Corte, nella risoluzione delle controversie a essa demandate, applica in primo luogo le convenzioni e il diritto internazionale consuetudinario esistente, considera i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civilizzate e, infine, le decisioni giudiziarie e i punti di vista qualificati dei più importanti autori provenienti da diverse nazioni[11].

Il diritto internazionale umanitario pone le sue basi giuridiche sul diritto consuetudinario esistente, sulle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e i due protocolli aggiuntivi alle Convenzioni del 1977.

Come specificato dalla CIG nel parere del 1996 sulla legittimità della minaccia e uso di armi nucleari, il diritto internazionale umanitario si applica a qualsiasi utilizzo della forza, senza alcuna distinzione sul tipo di arma utilizzata[12].

---

8 Cfr. la decisione 1 del documento finale della 5^ Conferenza di Revisione della CCW.

9 Group of Governmental Experts of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, *Report of the 2018 session of the Group of Governmental Experts on Emerging Technologies in the Area of Lethal Autonomous Weapons Systems,* 23 ottobre 2018.

10 «Any weapon system with autonomy in its critical functions—that is, a weapon system that can select (search for, detect, identify, track or select) and attack (use force against, neutralize, damage or destroy) targets without human intervention», si veda United Nations Office for Disarmament Affairs, *Perspectives on Lethal Autonomous Weapons Systems*, UNODA Occasional Papers No. 30, Novembre 2017 p. 5.

11 Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, art. 38.1.

12 Corte Internazionale di Giustizia, *Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996*, paragrafo 39.

Ne deriva dunque – qualora ve ne fosse dubbio – che le regole e le disposizioni previste dal diritto internazionale umanitario si debbano applicare anche ai LAWS.

3. La protezione dei civili.

La protezione dei civili rappresenta uno dei due cardini in cui si imperna il diritto internazionale umanitario. Se da una parte infatti questa branca del diritto regola i mezzi e i metodi di combattimento tra le parti in conflitto, dall'altra si adopera affinché le persone che non prendono parte, o non prendono più parte al conflitto, siano tutelate e non siano oggetto di violenza bellica.

Gli Stati assolvono all'obbligo di proteggere i civili attraverso il rispetto, *inter alia*, dei principi di distinzione, proporzionalità e precauzione nell'attacco. Tali principi sono considerati norme di diritto consuetudinario e il loro rispetto è obbligatorio per tutte le parti in conflitto.

Il principio di distinzione obbliga «le parti in conflitto a distinguere sempre tra civili e combattenti. Gli attacchi possono essere diretti soltanto contro i combattenti. Gli attacchi non possono essere diretti contro i civili»[13]. Sebbene la Dichiarazione di San Pietroburgo del 1868 stabilisca che l'unico obiettivo legittimo che gli Stati hanno durante un conflitto è quello di indebolire le forze armate nemiche, è il Regolamento dell'Aja del 1907 che, nel proibire l'attacco, con qualsiasi mezzo, a città, villaggi, abitazioni o costruzioni indifese, formula una prima base nel riconoscere il principio di distinzione[14]. Dall'obbligo di distinzione tra civili e combattenti, discende il divieto di attacchi indiscriminati[15].

La formulazione giuridica del principio di proporzionalità nell'attacco è contenuto nell'articolo 51 paragrafo 5 lettera b del I Protocollo addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1977[16]. Gli Stati sono obbligati a scegliere mezzi e metodi di combattimento che nel perseguire un vantaggio militare concreto e diretto non risultino eccessivi in relazione ai danni collaterali provocati a beni civili o alle persone che non prendono, o non prendono più parte, alle ostilità[17]. Il principio di proporzionalità nell'attacco, dunque, non consiste in un rapporto tra i mezzi utilizzati e i fini raggiunti, quanto piuttosto tra i mezzi utilizzati e il fine ultimo di non causare danni collaterali eccessivi rispetto al vantaggio militare diretto e concreto conseguito. Infine, il principio di precauzione nell'attacco impone agli Stati, che nella condotta di operazioni militari si tenga sempre conto della popolazione civile e dei beni civili che potrebbero coinvolti durante l'operazione e di prendere tutte le precauzioni possibili per minimizzare il rischio che beni e popolazione civile possano rimanere coinvolti[18].

La tutela che gli Stati hanno riconosciuto alla popolazione civile attraverso il rispetto di questi principi da parte degli Stati impone che l'eventuale utilizzo di sistemi d'arma autonomi debba essere conforme ai principi di distinzione, proporzionalità e precauzione nell'attacco. Rimane tuttavia da sciogliere il nodo legato alla responsabilità della condotta.

Secondo il diritto esistente, uno Stato è responsabile per la condotta e le eventuali violazioni del diritto internazionale umanitario commesse da sistemi d'arma autonomi; infatti, l'utilizzo di questo tipo di armi ricade nella scelta e, in ultima istanza, nella responsabilità da parte dello Stato. Inoltre, gli Stati parte al Protocollo Addizionale (I) alle Convenzioni di Ginevra del 1977, ai sensi dell'articolo 36, sono obbligati nello studio, sviluppo, acquisizione o adozione di nuove armi, di determinare se il loro impiego possa essere proibito dal diritto internazionale a essi applicabile[19].

Più complesso risulta invece il quadro dal punto di vista del diritto penale internazionale. Secondo lo Statuto della Corte Penale Internazionale (CPI), lanciare intenzionalmente un attacco,

---

13 ICRC, IHL Database, Customary IHL, Rule 1.

14 Convenzione dell'Aja sulle leggi e usi della guerra per terra e i suoi Regolamenti Allegati, art. 25.

15 ICRC, IHL Database, Custormary IHL, Rule 11.

16 «Gli attacchi dai quali ci si può attendere che provochino incidentalmente morti e feriti fra la popolazione civile, danni ai beni di carattere civile, o una combinazione di perdite umane e di danni, che risulterebbero eccessivi rispetto al vantaggio militare concreto e diretto previsto».

17 ICRC, IHL Database, Customary IHL, Rule 14.

18 ICRC, IHL Database, Customary IHL, Rule 15.

19 Cfr. art. 36 al Protocollo Addizionale (I) alle Convenzioni di Ginevra.

consapevoli che i danni a beni civili e ai civili siano eccessivi rispetto al vantaggio militare concreto e diretto conseguito, rappresenta un crimine di guerra perseguibile dalla Corte[20]. L'elemento centrale nel perseguire una persona è rappresentato dal *mens rea* o elemento psicologico. Infatti, secondo quanto disposto dall'articolo 30 dello Statuto della CPI, una persona è penalmente responsabile solo se oltre l'elemento materiale – la condotta contraria allo Statuto – vi sia anche intenzione e consapevolezza.

Se, almeno fino a oggi, risulta impensabile perseguire una macchina per una condotta criminale da essa presa autonomamente, è pur vero che la mancanza di un adeguato controllo e la potenziale imprevedibilità dei sistemi d'arma completamente autonomi rende difficile perseguire gli individui responsabili della programmazione e del dispiegamento dell'arma. Infatti, la capacità di elaborazione e apprendimento della macchina potrebbe superare le previsioni stesse di coloro i quali hanno programmato e dispiegato tali armi non rendendoli di fatto responsabili della condotta a causa dell'imprevedibilità del comportamento del sistema d'arma.

4. Mezzi e metodi di combattimento.

Nel corso degli anni la comunità internazionale ha limitato o in alcuni casi vietato alcuni mezzi e metodi di combattimento. Il divieto, per esempio, di ordinare che non vi siano sopravvissuti o il divieto della perfidia, considerate norme di diritto consuetudinario, vietano questi metodi di combattimento. Allo stesso modo, per quanto riguarda i mezzi di combattimento, gli Stati hanno via via regolamentato e eliminato l'utilizzo di certe armi. In alcuni casi con dei trattati *ad hoc* – Convenzione sulle armi biologiche (1972), Convenzione sulle armi chimiche (1993), Convenzione sulle mine anti-uomo (1997), Convenzione sulle armi a grappolo (2006), Convenzione per la proibizione delle armi nucleari (2017) – in altri casi invece approvando dei protocolli addizionali come nel caso dei cinque protocolli, già discussi, alla Convenzione su certe armi convenzionali del 1980.

L'articolo 35 del Protocollo Addizionale (I) alle Convenzioni di Ginevra stabilisce al primo paragrafo che: «In ogni conflitto armato, il diritto delle Parti in conflitto di scegliere metodi e mezzi di guerra non è illimitato». Limitare la potenza distruttiva e le conseguenze delle armi utilizzate sono concetti che trovavano dei sostenitori già nel 1600. Già Grozio nel 1625 nel suo *De iure belli ac pacis* sosteneva la necessità di imporre delle limitazioni sul potere distruttivo delle armi utilizzate in quello che lui definiva come *temperamente belli*[21]. Un'ulteriore formulazione di tale principio si ha nell'articolo 22 del Regolamento dell'Aja del 1907 che stabilisce come il diritto dei belligeranti di adottare mezzi per ferire il nemico non sia illimitato[22].

Il già citato articolo 36 del Protocollo Addizionale (I) pone un obbligo nei confronti degli Stati di verificare già durante lo sviluppo di nuovi mezzi e metodi di combattimento se questi siano contrari al diritto internazionale umanitario esistente. È sulla base di questo criterio che venne approvato il quarto protocollo addizionale alla CCW, relativo al divieto d'utilizzo dei laser accecanti, prima ancora che questi venissero impiegati. Il divieto di utilizzo di una nuova arma in anticipo rispetto al suo utilizzo venne definito dal CICR come «un passo storico per l'umanità. Per la prima volta dal 1868, quando l'uso di proiettili esplosivi fu bandito, un'arma di interesse militare è stata bandita prima del suo uso sul campo di battaglia e prima che un flusso di vittime desse prova visibile dei suoi effetti tragici»[23].

L'obbligo imposto dall'articolo 36 del Protocollo Addizionale (I) si applica anche per i sistemi d'arma completamente autonomi. L'organizzazione non governativa Article 36 si batte affinché i sistemi d'arma autonomi implementino un «significativo controllo umano negli attacchi

---

[20] Statuto della Corte Penale Internazionale, art. 8.

[21] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987.

[22] Ibidem.

[23] ICRC, *Vienna Diplomatic Conference Achieves New Prohibition on Blinding Laser Weapons and Deadlock on Landmines*, 13 October 1995, p. 3

individuali»[24]. Questa nozione è stata ripresa da diversi esperti e in effetti sembra rappresentare il requisito minimo per far avanzare il dibattito intorno ai LAWS tenendo conto della necessità di prevedibilità dell'arma, e di responsabilità della condotta per garantire la protezione dei civili, discussa precedentemente, e accertare l'eventuale violazione del diritto internazionale umanitario.

Il punto è dunque comprendere quali attività svolte autonomamente dai LAWS debbano essere oggetto della nostra attenzione e dove risulta centrale la prevedibilità della condotta. Un approccio interessante per poter analizzare il fenomeno è farlo attraverso il c.d. ciclo OODA, osservare, orientare, decidere e agire e comprendere, in un'operazione militare, quale di queste quattro azioni deleghiamo ai computer. Nelle attività di osservazione e orientamento non si riscontrano profili direttamente correlati al diritto internazionale umanitario, ma per quel che riguarda la decisione e l'azione risulta cruciale l'elemento della prevedibilità dell'esito tra la decisione e l'azione intrapresa. Se è ragionevolmente possibile prevedere la conformità al diritto internazionale umanitario, si può considerare efficace il controllo umano sull'attività, a prescindere da livello e il tipo di interazione con la macchina al momento dell'azione letale. Se, d'altra parte, non si potrà ragionevolmente prevedere se la macchina rispetterà il diritto internazionale umanitario, l'azione autonoma sarà da ritenersi potenzialmente illecita[25].

Tale approccio spinge a considerare i sistemi d'arma autonomi, per quanto complessi, ancora come macchine piuttosto che agenti e ancor di più, come agenti legali. Diplomatici ed esperti sollevano dei dubbi sul fatto che i sistemi d'arma autonomi saranno in grado di applicare le norme del diritto internazionale umanitario. Tuttavia se continueremo a considerare i LAWS come delle macchine, non possiamo che constatare come queste non applichino norme di diritto; possono svolgere funzioni e azioni conformi a quanto previsto dal diritto, ma così facendo non stanno applicando la legge. Il professore Marco Sassòli, nella sua presentazione alla riunione di esperti del CICR del 2014 sulle armi autonome, ha affermato, in modo condivisibile, che «solo gli esseri umani sono destinatari del diritto internazionale umanitario»[26].

5. Il ruolo dei consulenti giuridici e politici.

Gli Stati, ratificando le Convenzioni di Ginevra e i suoi protocolli, si impegnano a rispettare e garantire il rispetto del diritto internazionale umanitario. La conoscenza del diritto applicabile durante le operazioni militari diventa dunque cruciale per rispettare e far rispettare gli obblighi esistenti. Nel rispetto di questi obblighi, l'articolo 82 del Protocollo Addizionale (I) stabilisce che «le Alte Parti contraenti in ogni tempo, e le Parti in conflitto in periodo di conflitto armato garantiranno che dei consiglieri giuridici siano disponibili, quando occorra, per consigliare i comandanti militari di livello appropriato circa l'applicazione delle Convenzioni e del presente Protocollo, e circa l'insegnamento appropriato da impartire in materia alle forze armate». In tempo di guerra il compito del consigliere giuridico è dunque di dare un parere sulle operazioni militari pianificate e in corso, verificare l'osservanza del diritto esistente nonché sulle implicazioni giuridiche legate alla condotta intrapresa dal comandante delle operazioni. In questo flusso di informazioni inviate e ricevute risultano fondamentali i canali di trasmissione delle informazioni e la capacità dell'agente di adeguare la propria condotta al mutare del contesto operativo analizzato dal consigliere giuridico e dall'ordine impartito dal comandante delle operazioni.

La figura del consulente politico, pur non espressamente prevista, risulta fondamentale nel rispetto delle norme previste dal diritto internazionale umanitario. Nell'applicazione del principio di proporzionalità nell'attacco, per esempio, la valutazione relativa al vantaggio militare concreto e diretto è prerogativa del comandante in capo all'operazione supportato dai consulenti legali e

---

[24] La definizione utilizzata in inglese è «Meaningful human control over individual attacks».

[25] Si veda A. SCHULLER, *Focusing the debate on autonomous weapon systems: A new approach to linking technology and IHL* in Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons, 2016.

[26] Si veda R. MOYES, *Meaningful human control over individual attacks* in Autonomous Weapon Systems: Implications of Increasing Autonomy in the Critical Functions of Weapons, 2016.

politici incaricati di illustrare il piano giuridico nonché gli aspetti politici, economici e sociali che completano il quadro in cui l'azione militare viene svolta.

È chiaro dunque il ruolo di queste due figure, fondamentale, nella valutazione giuridica e politica che il comandante delle operazioni compie e negli ordini impartiti a tutti i livelli della catena di comando. Nel caso di sistemi d'arma autonomi, così come nel caso di esseri umani dispiegati in operazioni militari, vi è la necessità di garantire la responsabilità del comandante delle operazioni rispetto all'ordine dato. Se volessimo anche considerare i LAWS come agenti di diritto, ipotesi rigettata in precedenza, essi sarebbero posti alla fine di una catena di comando in cui il comandante delle operazioni è posto al vertice ed è coadiuvato nelle sue scelte dai consiglieri giuridici e politici. Pertanto, una diversa valutazione del contesto e del mutato quadro operativo deve essere prima vagliato da chi è responsabile dell'operazione e, se ne fa richiesta, dai consiglieri giuridici e politici. L'analisi della catena di comando e le valutazioni sulla responsabilità dell'operazione che ne conseguono, sembrano ancora una volta propendere verso la necessità che i sistemi d'arma autonomi possano siano subordinati ad un significativo controllo da parte degli esseri umani.

6. L'umanità e la pubblica coscienza.

La definizione della parola «umanità» rappresenta un esercizio piuttosto complesso; dal punto di vista etimologico deriva dal latino *humanĭtas -atis*, derivato di *humanus* «umano»; nel significato di «genere umano»[27]. Ancor più difficile è definire l'umanità su un piano giuridico probabilmente perché le implicazioni di natura etica nel definire cosa rientri nel genere umano mutano al mutare del contesto storico, sociale e culturale. Forse più che di definizioni abbiamo bisogno di esempi per comprendere cosa possa significare applicare il principio di umanità in guerra.

L'oscurità calò verso le 7 della vigilia di Natale, e con essa una calma improvvisa. I cecchini tedeschi sembravano essere scomparsi. Poi il suono del canto dei caroselli salì dalle trincee; e, a quel punto, i cecchini britannici smisero di puntare i loro fucili contro il nemico. Il coro magico affondò nelle tenebre e nuovamente riprese verso il cielo nero. Alcuni soldati britannici abbozzarono un applauso. "Urla dai tedeschi: 'Tu inglese, perché non vieni fuori?'" - così scrisse un ufficiale della R.F.A.- "e i nostri fieri fanti risposero, urlando, di 'Aspettare'." Alla fine uscirono; e, molto presto, fuochi e candele ardevano lungo i parapetti fino a quel momento vigilati incessantemente, mentre gli uomini fraternizzavano in mezzo a una folla, scambiandosi doni e concordando che la tregua durasse fino alla mezzanotte del giorno di Natale. "Tutto venne organizzato privatamente e avviato da uno dei nostri compagni. Difficile immaginarlo. L'unica cosa proibita era di apportare migliorie alle trincee.

Se per un qualsiasi inconveniente fosse stato sparato un solo colpo, non sarebbe stato preso come un atto di guerra, e le scuse sarebbero state accettate; inoltre, la ripresa delle ostilità non sarebbe avvenuta senza il dovuto preavviso da entrambe le parti"[28].

Così il giornalista e scrittore politico G. H. Perris descrisse la tregua di Natale del 1914 che interessò il fronte delle Fiandre dove si confrontavano soldati britannici e tedeschi durante la prima guerra mondiale. In quell'occasione i soldati decisero spontaneamente di stabilire delle tregue sul fronte durante il periodo natalizio.

Se la notte di Natale del 1914 sul fronte fossero stati schierati sistemi d'arma autonomi non vi sarebbe stata alcuna tregua, sarebbe venuto meno quel principio di umanità tra esseri umani che, condividendo una fede religiosa, decisero in modo spontaneo di dichiarare una tregua. Sono consapevole che a causa dell'utilizzo di questo esempio potrò essere tacciato di avere un approccio ingenuo e quasi infantile alla guerra, ma d'altra parte l'umanità è costellata da esempi di umanità, dove l'utilizzo ripetuto della stessa parola non è un refuso quanto piuttosto un'occasione per evidenziare il legame indissolubile tra l'uomo e la sua natura umana.

---

[27] Dizionario online Treccani.

[28] G.H. PERRIS, *The campaign of 1914 in France and Belgium*, Henry Holt and Company, 1915, p. 391.

Nel diritto internazionale umanitario le nozioni di umanità e pubblica coscienza sono stati introdotti da quella che è chiamata Clausola Martens, in onore del diplomatico dell'impero russo a cui si deve la sua origine. Durante la conferenza diplomatica in cui si discusse il Regolamento dell'Aja del 1899 venne introdotto nel preambolo la formula proposta da Martens secondo cui: «i civili e i combattenti rimangono sotto la protezione e l'imperio dei principi del diritto delle genti quali risultano dalle consuetudini stabilite, dai principi di umanità e dai dettami della pubblica coscienza». La Clausola Martens è considerata una norma di diritto consuetudinario ed è stata inclusa anche nel Protocollo Addizionale (I) alle Convenzioni di Ginevra all'articolo 1.2 e nel preambolo del Protocollo Addizionale relativo ai conflitti armati non internazionali. La *ratio* della clausola nasce dal prevenire un'errata interpretazione secondo cui ciò che non è esplicitamente proibito dai trattati, sia considerato lecito e con questo spirito la Clausola Martens va vista, utilizzando il linguaggio della CIG, come una rete di sicurezza per l'umanità[29]. È parere di chi scrive che l'impossibilità di implementare il principio di umanità a sistemi d'arma completamente autonomi previene il rispetto della cornice giuridica esistente a queste tipologie di armi.

L'avanzare del diritto internazionale umanitario si è sempre caratterizzato dal ruolo svolto dalla società civile, dagli Stati e dal Comitato Internazionale di Croce Rossa nel definire la coscienza pubblica. È un lavoro instancabile che ha trovato riconoscimento nel preambolo di diverse convenzioni approvate grazie alla competenza, e spesso intransigenza, della società civile affinché la coscienza pubblica prendesse la forma di obbligo internazionale. Nella recente approvazione del Trattato per la Proibizione delle Armi Nucleari, avvenuta nel 2017, l'ultimo paragrafo del preambolo sottolinea «il ruolo della coscienza pubblica nell'avanzamento dei princìpi dell'umanità come dimostrato dalla richiesta di eliminazione totale delle armi nucleari e riconoscendo gli sforzi a tal fine intrapresi dalle Nazioni Unite, dal Movimento internazionale della Croce Rossa e dal Mezzaluna Rossa, da altre organizzazioni internazionali e regionali, organizzazioni non governative, leader religiosi, parlamentari, accademici e dagli hibakusha».

Le obiezioni sollevate da diversi Stati, dal Movimento Internazionale di Croce Rossa e Mezzaluna Rossa, da esperti e membri della società civile nonché da diversi leader politici e civici, così come la creazione della campagna per mettere al bando i robot killer, lasciano intendere come l'attenzione verso lo sviluppo e l'utilizzo di sistemi d'arma completamente autonomi sia alto e starà a questi attori internazionali definire la coscienza pubblica su un tema così controverso.

7. Conclusioni.

Il CEO di Apple, Tim Cook, durante la cerimonia in onore dei laureati nel 2017 del MIT di Boston, ha ben spiegato il ruolo della tecnologia di fronte alle sfide poste dall'intelligenza artificiale.

La tecnologia può fare grandi cose. Ma non vuole fare grandi cose. Non vuole fare niente. Questo ruolo spetta a noi. Spetta ai nostri valori e al nostro impegno verso i nostri familiari, ai nostri amici, le nostre comunità, spetta al nostro amore per la bellezza e alla convinzione che le nostre vite sono interconnesse, al nostro senso civico e alla nostra gentilezza. Non sono preoccupato dell'intelligenza artificiale che dà ai computer la capacità di pensare come gli umani. Sono più preoccupato per le persone che pensano come computer senza valori o compassione, senza preoccuparsi delle conseguenze. Questo è ciò di cui abbiamo bisogno per proteggerci. Perché se la scienza è una ricerca nell'oscurità, allora le scienze umane sono una candela che ci mostra dove siamo stati e il pericolo che ci aspetta[30].

---

[29] Corte Internazionale di Giustizia, *Legality of the threat or use of nuclear weapons, Advisory Opinion of 8 July 1996*, paragrafo 78.

[30] Technology is capable of doing great things. But it doesn't want to do great things. It doesn't want anything. That part takes all of us. It takes our values and our commitment to our families and our neighbors and our communities, our love of beauty and belief that all of our faiths are interconnected, our decency, our kindness. I'm not worried about artificial intelligence giving computers the ability to think like humans. I'm more concerned about people thinking like computers without values or compassion, without concern for consequences. That is what we need you

Lo sviluppo di nuove tecnologie spesso apre dibattiti di natura etica e giuridica sulle loro implicazioni. Intelligenza artificiale, *deep learning* e algoritmi complessi sono temi che fino ad oggi hanno visto i colossi della tecnologia – Google, Facebook, Apple – pionieri in questo settore, non comprendendo o non tenendo conto di cosa significhi applicare queste tecnologie al campo militare, sottovalutando, in ultima istanza, il rischio concreto di delegare alla "coscienza" di una macchina il diritto di una persona di vivere o morire. Sarà dunque necessaria una maggior sinergia tra aziende dell'industria tecnologica, Stati e aziende militari per valutare attentamente sia le opportunità che i rischi nel sviluppare sistemi di AI sempre più complessi.

Se è vero che il progresso della scienza sia inevitabile, è pur vero che applicare i progressi scientifici al campo militare non sia inevitabile; ma è una scelta. E allora questa scelta non può che tenere conto delle esigenze di umanità dei conflitti armati e del progredire del diritto internazionale che ha previsto la repressione dei crimini internazionali attraverso la Corte Penale Internazionale. La responsabilità nella condotta militare rappresenta un punto centrale al fine di rispettare e garantire il rispetto del diritto dei conflitti armati. Questo principio non può essere oggetto di ripensamenti a causa di sistemi d'arma che, per il loro elevato livello di autonomia e quindi imprevedibilità, non permetterebbero di accertare l'eventuale responsabilità penale della condotta. L'elemento psicologico, il *mens rea*, non può che essere un elemento tipico dell'essere umano ed è dunque giusto relegare i LAWS all'alveo delle macchine piuttosto che degli agenti, condividendo quanto sostenuto da Sassòli che solo gli esseri umani sono destinatari del diritto internazionale umanitario.

In conclusione, lo sviluppo di sistemi d'arma autonomi deve prevedere un certo livello di controllo umano, per cui sembra soddisfacente la formulazione proposta da Article 36 che prospetta «un significativo controllo umano negli attacchi individuali» per avanzare nel dibattito in una prospettiva che tenga insieme il diritto internazionale umanitario esistente e lo sviluppo futuro di queste armi.

to help us guard against. Because if science is a search in the darkness, then the humanities are a candle that shows us where we've been and the danger that lies ahead.

L'appartenenza partitica dei militari

Political party membership in the military

di *Saverio* SETTI[1]

ABSTRACT: L'esercizio della sovranità democratica da parte del popolo avviene a mezzo dei partiti politici: ciò implica che la partecipazione del cittadino all'attività partitica rappresenta una diretta implicazione del riconoscimento della sovranità popolare democratica. A fronte di questo diritto si pone, tuttavia, la necessità che le Forze Armate ed i suoi appartenenti conservino un carattere di terzietà partitica. Oggetto della presente analisi è, dunque, la ricerca di un punto di equilibrio tra due apparentemente opposte esigenze di rilievo costituzionale.[2]

The exercise of democratic sovereignty by the people takes place through political parties; this implies that citizen participation in party activities is a direct implication of the democratic popular sovereignty.Faced with this right, however, it's almost obvious the need for the Armed Forces and its members to maintain a political fairness. The aim of the present research is lookink for a point of equilibrium between two apparently opposite constitutional requirements.

Sommario: 1. Il partito politico e l'azione partitica – 2. Il cittadino militare ha capacità partitica? – 3. Riflessioni conclusive.

1. Il partito politico e l'azione partitica.

La nostra Costituzione protegge, all'art. 49, la libertà di «tutti i cittadini» ad associarsi liberamente in partiti politici, ovvero associazioni (nel senso di cui all'art. 18 Cost.), il cui fine è tipizzato nella concorrenza alla determinazione della politica nazionale con metodo democratico[3]. Medesimo fine è, però, perseguito da una pluralità di associazioni: si pensi ai sindacati, ai gruppi di pressione (c.d. *lobby*[4]), alle associazioni di industriali o datori di lavoro e all'universo delle comunità intermedie (O.n.g., *think tank*, fondazioni, ecc.), tutte realtà che evidentemente non sono partitiche.

Sulla definizione di *partito* lungo è stato il dibattito dottrinale nella scienza politica. Da una analisi comparata dei più autorevoli approcci dottrinali[5], è possibile ricavare una definizione di

---

1 Capitano dell'Esercito laureato in Scienze Strategiche, in Relazioni Internazionali ed in Giurisprudenza.

2 Articolo sottoposto alla procedura di *double blind peer review*.

3 Nel significato moderno attribuito dalla scienza politica, il termine *democrazia* è ricondotto alla *liberal-democrazia*, ovvero quel sistema in cui vi è una garanzia reale di partecipazione politica più ampia della popolazione adulta maschile e femminile e della possibilità di dissenso e opposizione, cfr. R. DAHL, *Poliarchia, partecipazione e opposizione*, Milano, 1997, 23. Altri definiscono la democrazia quale «quell'insieme di norme e procedure che risultano da un accordo compromesso per la risoluzione pacifica dei conflitti tra gli attori sociali e politicamente rilevanti, e gli altri attori istituzionali presenti nell'arena politica», cfr. J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, 1977, 24.

4 Sulla liceità dell'attività di *lobbying*, cfr. M. ROBERTO, *Rappresentanza politica e lobbying: teoria e normativa*, Milano, 2013, 71, R. DE CARIA, *"Le mani sulla legge": il lobbying tra free speech e democrazia*, Torino, 2017, cap. VIII.

5 «Per partiti si debbono intendere le associazioni fondate su una adesione (formalmente) libera, costituite al fine di attribuire ai propri capi una posizione di potenza all'interno di un gruppo sociale, e ai propri militanti attivi possibilità (ideali o materiali) per il perseguimento dei fini oggettivi o per il raggiungimento dei vantaggi personali, o per entrambi gli scopi», cfr. M. WEBER, *Economia e società. Comunità,* Roma, ristampa, 2005, 282. Per Downs, il partito politico è «una compagine di persone che cercano di ottenere il controllo dell'apparato governativo a seguito di regolari edizioni», cit. in D. DELLA PORTA, *I partiti politici,* Bologna, 2001, 14. Sartori identifica il partito come «qualsiasi gruppo politico identificato da un'etichetta ufficiale che si presenta alle elezioni, ed è capace di collocare attraverso elezioni libere e competitive candidati alle cariche pubbliche» (G. SARTORI, *Parties and party system: a framework for analysis*, Cambridge, 1976, 63). Secondo E. BURKE, *Pensieri sulle cause dell'attuale malcontento*, Genova, 1987, 22, «un partito è un insieme di uomini uniti per promuovere grazie ai loro

partito politico costruita su tre elementi fondamentali[6]:

i. il partito politico è una associazione, dotato di strutture tali da consentire la partecipazione dei suoi iscritti;
ii. il suo fine è di influenzare le decisioni pubbliche, partendo da un programma politico, attraverso l'occupazione di cariche elettive;
iii. il suo orizzonte di esistenza è proiettato oltre una tornata elettorale.

Questa struttura deve, nelle democrazie contemporanee, connettersi con la società da cui attinge voti e, pertanto, si compone di ruoli diversi sostanzialmente in relazione a tre sfere distinte, per ognuna delle quali è possibile individuare un ruolo o un potere diverso[7]: il partito come organizzazione sul territorio[8] (c.d. *party on the ground*), il partito degli eletti[9] (c.d. *party in public office*) e i quadri e dirigenti del partito[10] (c.d. *party in central office*). Questa organizzazione fondamentale è espressa tramite una struttura formale che costituisce il partito, struttura che, però, non è «un dato immutabile, [e] così come il suo *core business* tende a modificarsi al raggiungimento di alcuni obiettivi, modificando l'equilibrio fra le tre sfere descritte»[11].

In sostanza, «in ogni moderna democrazia il principale veicolo dell'opinione è il partito. […] Esso, con l'uso dei mezzi di persuasione politica, talora anche poco scrupolosi, rende operante il sistema democratico. Esso è l'organo per mezzo del quale l'opinione pubblica si trasforma in politica pubblica»[12] e attraverso di questa articola la decisione politica formale che si assume nelle sedi parlamentari[13].

Da un punto di vista giuridico, la dottrina ha definito il partito come uno strumento finalizzato ad «attribuire un certo grado di omogeneità ad interessi diversi e […] far diventare in qualche modo generali – o sufficientemente generali – interessi particolari»[14]. Questi strumenti assumono la forma civilistica delle associazioni non riconosciute, le quali, pur avendo rilevanti

---

sforzi comuni l'interesse nazionale sulla base di un qualche principio particolare sul quale essi sono d'accordo». In G.A. ALMOND e G.B. POWELL, *Politica Comparata*, Bologna, 1970, 39, «Il partito politico è la struttura specializzata per l'aggregazione degli interessi delle società contemporanee».
E bene sottolineare che un'associazione di persone inquadrabile nelle definizioni di cui sopra è, a tutti gli effetti, un partito politico, restando irrilevante una diversa auto qualificazione ad opera dello statuto o di altre norme interne che dovessero, ad esempio, qualificare l'organizzazione quale "movimento", "non-partito", "forza" eccetera.

6 G. PASQUINO, *Nuovo corso di scienza politica*, Bologna, 2009, 146.

7 L. VIVIANI, *L'Europa dei partiti*, Firenze, 2009, 54, R.J. DALTON e M.P. WATTENBERG, *Parties without partisans. Political change in advanced industrial democracies,* Oxford, 2000, 5 ss, e, in termini sostanzialmente coincidenti (pur con una più puntuale suddivisione su sette livelli), L. DIAMOND e R. GUNTHER, *Political party and democracy*, Baltimora – Londra, 2001, 9.

8 «Nello Stato contemporaneo [i partiti] iniziano a cercare consensi non più nel Parlamento, ma direttamente nel popolo, ovvero nel corpo elettorale, divenendo quindi il mezzo primario e necessario per mediare tra la volontà dei cittadini elettori e gli organi deputati al cosiddetto "indirizzo politico"», cfr. S. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione»*, Milano, 2008, 65. Questo livello del partito si occupa, generalmente, dell'educazione politica dei cittadini, della produzione di simboli di identificazione e lealtà e della mobilitazione e delle campagne elettorali.

9 Qui si struttura il rapporto di rappresentanza e responsabilità con gli elettori, avviene la formazione delle maggioranze di governo, si organizza e coordinano i rapporti con la direzione del governo medesimo (eventualmente in senso oppositivo) e si elaborano e realizzano le politiche pubbliche.

10 Avente il compito di reclutare i *leader* politici ed i candidati alle cariche pubbliche, di reclutamento e formazione delle *élites* e di articolazione ed aggregazione di interessi.

11 L. VIVIANI, *L'Europa* cit., 55.

12 V. MACHER, *Governo e società,* Bologna, 1965, 45.

13 «Sul piano sostanziale il partito non è un mero "filtro" della rappresentanza, ma un *dominus* della rappresentanza stessa, che influenza direttamente l'attività degli organi formali, ridotti spesso al ruolo di mera sede di ratifica», cfr. U. COMITE, *Un approccio manageriale alla gestione dei partiti politici,* Milano, 2017, 78.

14 A. PISANESCHI, *Diritto costituzionale*, 2018, 505. È interessante notare che, nel corso della XVI[a] Legislatura, era stato presentato un d.d.l. (n. 3158, *Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 49 della Costituzione, in materia di diritto di associarsi liberamente in partiti politici*) che, all'art. 1, c. 1 conteneva la seguente definizione autentica: «I partiti politici sono libere associazioni aventi la finalità di concorrere a determinare la politica nazionale, regionale e locale», mentre (art. 3, c. 1) identificava i requisiti costitutivi del partito politico in «a) la pluralità di persone; b) il patrimonio; c) il nome; d) il simbolo; e) il progetto politico».

funzioni di natura costituzionale[15], in quanto organizzazioni politiche proprie della società civile, non assumono la qualità di potere dello Stato[16]. Il partito, dunque, è un ente che ha capacità giuridica, è privo di personalità giuridica[17], ma nonostante ciò è considerato dall'ordinamento come un centro autonomo di imputazioni di posizioni giuridiche soggettive distinto dagli associati[18].

Ciò, in primo luogo, implica l'imperfetta autonomia patrimoniale: il patrimonio del partito non è aggredibile dai creditori dei singoli membri, i creditori del partito, però, possono rivalersi sia sul patrimonio dell'ente sia sul patrimonio di quanti hanno agito in nome e per conto dell'ente medesimo[19].

L'ordinamento interno e l'amministrazione dell'ente sono, ai sensi dell'art. 36 c.c., rimessi all'accordo degli associati[20], questi, quando entrano a far parte del partito, lo fanno in maniera volontaria e, normalmente, adesiva, cioè a condizioni stabilite a priori dal partito stesso.

Fissata una definizione del fenomeno partitico, è necessario affrontare, ai fini della presente ricerca, le dinamiche relative all'azione politica degli stessi, particolarmente alle relazioni intercorrenti tra partiti politici ed ambiente di riferimento. Da un punto di vista dialettico, gli attori partitici interagiscono e contribuiscono alla trasformazione del sistema politico e sociale[21]: in particolare, l'affermazione dei partiti politici riflette le divisioni (*cleavage*) rilevanti, o percepite come tali, che attraversano la società[22]. I partiti politicizzano, ovvero aggregano le esigenze dell'elettorato, schierandosi ad un polo o all'altro della frattura. Tipici esempi di *cleavage*, che hanno caratterizzato i due secoli passati, sono il conflitto di classe fra capitale e lavoro[23], quello fra centro e periferia, tipico del processo di costruzione nazionale[24], e quello tra Stato e Chiesa[25], il cui

---

15 Secondo la giurisprudenza, i partiti sono «titolari *ex lege* di alcune pubbliche funzioni, in quanto ciò riguarda le elezioni, i funzionamento dei corpi rappresentativi ed il contributo dei cittadini, con metodo democratico, alla formazione della politica nazionale, ossia della funzione di indirizzo politico», cfr. T.A.R. per il Lazio, sez. II, 14 ottobre 2009, n. 9895, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

16 C. cost., 22 febbraio 2006, n. 75 in *www.giurcost.org*.

17 C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile*, I, Milano, 2009, 409.

18 Cass., 23 gennaio 2007, n. 1476, in *Corr. trib.*, 2007, 257.

19 Art. 38 c.c. Questo perché, in mancanza del riconoscimento, manca anche una verifica circa l'adeguatezza del patrimonio alla realizzazione del fine che si intende realizzare. Si noti che la responsabilità patrimoniale tra il partito e quanti abbiano agito in nome e per conto di questo è solidale nei confronti del terzo creditore e la giurisprudenza è ferma nel ritenere che quest'ultimo non sia tenuto alla preventiva escussione del fondo comune, perché la responsabilità di cui all'art. 38 c.c. assume le vesti di obbligazione fideiussoria di garanzia (Cass., 6 agosto 2002, n. 11759, in *Giur. it.,* 2003, 1131 e Cass., sez. lav., 20 luglio 1998, n. 7111, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p 5089). È pur vedo che in caso di fideiussione è pienamente accettato il *beneficium ordinis*, ma sarà sufficiente un diffida al debitore per poi poter scegliere una azione nei confronti, a scelta, nei confronti del debitore principale o del fideiussore.

La questione specifica si è posta con riferimento alle vicende connesse alle distrazioni dell'ex tesoriere del partito "Democrazia è Libertà – La Margherita", ove le SS. UU. hanno ribadito la natura di associazione privata non riconosciuta dei partiti, cfr. Cass., sez. un., 18 maggio 2015, n. 10094 in A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale*, Milano, 2018, 212. Cfr. anche Cass., sez. III, 1 aprile 2014, n. 7521 (*ivi*), in materia di esonero di responsabilità degli amministratori dei partiti e movimenti politici per le obbligazioni contratte in nome e per conto delle organizzazioni collettive. Per un approfondimento dottrinale in materia di gestione patrimoniale dei partiti, cfr. A. RUGGIERI, *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, vol. I, 2016, 617 ss.

20 Che può derogare solo alle norme sulle associazioni riconosciute che non abbiano carattere imperativo, sul punto cfr. A. TORRENTE e P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2011, 161.

21 F. RANIOLO, I partiti conservatori in Europa occidentale, Bologna, 2000, 25.

22 Cfr., ex multis, S.M. LIPSET e S. ROKKAN, *Party system and voter alignments*, New York, 1967, 43, C. COLLOCA, *Cleavage e identità: una cave di lettura della società europea*, in *Società, Mutamento, Politica*, 1, 2010, 113 – 115, F. RANIOLO, *Le trasformazioni dei partiti politici,* Catanzaro, 2004, XV e B. PISCIOTTA, *Alle origini dei partiti post-comunisti: la frattura di classe nell'Europa centro-orientale*, Catanzaro, 2007, 44.

23 K. MARX, e F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, Bari, 2005, cap. I. Lungo questa frattura si sono disposti i partiti tradizionalmente identificati, con riferimento alla collocazione fisica dei parlamentari, quali di destra (capitale) e di sinistra (lavoro).

24 Lungo questa frattura vengono politicizzati i conflitti «tra la cultura centrale della costruzione della nazione e la crescente resistenza delle popolazioni sottomesse, etnicamente, linguisticamente nelle provincie e nelle periferie», cfr. S. ROKKAN, *Cittadini, elezioni, partiti*, Bologna, 1982, 176. Questa frattura porta, nelle democrazie contemporanee, alla nascita dei partiti etnoregionalisti (tipico esempio italiano è la Lega Nord), il cui tratto comune è la richiesta di autonomia dal centro dello Stato, articolata secondo gradi assai diversi di radicalità a seconda delle

contrasto crea quelle che la dottrina della scienza politica ha felicemente definito «famiglie spirituali di partito», essendo i membri dei partiti contrapposti su quella frattura uniti sulla base di «affinità spirituali, cioè ideologiche»[26].

La norma costituzionale prevede che l'azione politica dei partiti debba essere caratterizzata dal metodo democratico. La dottrina ritiene che il metodo democratico non si intenda rivolto alla struttura ed all'organizzazione interna del partito, «ma solo ai metodi di competizione politica nei confronti delle altre forze politiche»[27].

Sotto questo profilo, la giurisprudenza costituzionale ritiene che il requisito del metodo democratico sia volto ad impedire «l'usurpazione violenta dei poteri» e ad orientare l'azione politica al «rispetto della sovranità popolare affidata alle maggioranze legalmente costituite, alla tutela dei diritti delle minoranze e all'osservanza delle libertà stabilite dalla Costituzione»[28].

Dunque, proprio e solo in base al metodo democratico che può valutarsi la liceità di esistenza di un partito, prescindendo, quindi, dallo scopo finale del partito medesimo[29].

La questione si pone per tutti quei partiti che propugnino un programma politico contrastante con altri dettati costituzionali: si pensi ai movimenti monarchici, secessionisti[30] o a frange estremistiche delle formazioni politiche antisistema[31].

Come sostenuto da autorevole dottrina[32], non vi è riscontro alcuno, nell'intelaiatura costituzionale, di principi che possano concludere per una qualche chiusura dello Stato nei confronti dell'associazionismo politico.

Posto che l'unico divieto inerisce la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista[33], il regime costituzionale consente ad ogni minoranza di divenire, per mezzo del metodo democratico, una maggioranza.

Quindi, una lettura coordinata degli artt. 18 e 49 Cost. non lascia spazio ad una interpretazione che attribuisca ai poteri dello Stato un qualche tipo di controllo sulle finalità del partito, perché, così argomentando, si aprirebbe la strada alle forze di governo di eliminare surrettiziamente il leale e libero gioco democratico, per reprimere ogni avversario politicamente scomodo[34].

---

fattispecie concrete. Per definizione, pertanto, trattasi di partiti che si collocano sul versante *periferia* del *cleavage*. Sul punto cfr. F. Tronconi, *I partiti etnoregionalisti – la politica dell'identità territoriale in Europa occidentale*, Bologna, 2009.

25 La frattura, attivata storicamente nell'era post-napoleonica, riguarda la contrapposizione tra «le aspirazioni mobilizzanti dello Stato-nazione e le richieste corporative della Chiesa», cfr. S. ROKKAN, *Cittadini,* cit., 177.

26 O. MASSARI, I partiti politici nelle democrazie contemporanee, Bari, 2004, 87.

27 V. ONIDA e M.P. GORLERO, *Compendio di diritto costituzionale*, Milano, 2011, 116.

28 C. cost., 22 giugno 1966, n. 87 in *www.giurcost.org*.

29 Ovviamente salvo che lo scopo del partito sia la commissione di un programma criminoso o mafioso, perché in questo caso il sodalizio è vietato dalla norma penale (artt. 416 e 416 *bis* c.p.).

30 «La circostanza che l'indivisibilità proclamata nell'art. 5 Cost. non può essere oggetto di revisione, perché carattere permanente dello Stato italiano, non sarebbe sufficiente al fine di rintracciare il fondamento di un divieto alla creazione di un movimento che mirasse alla secessione», cfr. I. NICOTRA, *Democrazia "convenzionale" e partiti antisistema*, Torino, 2007, 103.

31 Nelle democrazie avanzate, oltre all'affermarsi di partiti de-ideologizzati, si presenta un nuovo *cleavage* le cui radici risiedono nella diversificazione fra cittadini "integrati" nelle dinamiche sociali, in grado di trasformare le opportunità le risorse della modernizzazione radicale (c.d. *new left*), e coloro che, "esclusi" o ai margini dei benefici, declinano le stesse opportunità come rischi o paure (c.d. *new right*), cfr. H. KITSCHELT, *Left-libertarian parties: explaining innovation in competitive party system,* in *World Politics*, 1998, 40/2, 194.

32 C. MORTATI, *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana, Raccolta di scritti*, vol. III, Milano, 1972, 47, V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. II, Firenze, 1969, 133, per uno studio comparato cfr. E. CANITANO, *Basso, Mortati e il problema dei partiti politici alla costituente*, in *Il Politico*, 1998, n. 1, 27 – 65.

33 Per il disposto della XII disposizione transitoria e finale della Cost., il presidio penale della quale è contenuto all'art. 2 della l. 645/1952.

34 U. DE SIERVO, *Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista*, in *Giur. cost.*, 1975, 3267.

Pertanto ben si può sostenere, anche in prospettiva *de iure condendo*, l'inammissibilità, in mancanza di una precisa disposizione costituzionale, di un divieto rivolto a i partito politico giudicato sovversivo dell'ordine democratico[35].

2. Il cittadino militare incontra limiti alla partecipazione ad un partito politico?

Recita il terzo comma dell'art. 98 Cost, che «si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'iscriversi ai partiti politici per […] i militari in servizio attivo». Sulla *ratio* di questo, assai risalente[36] divieto vi è unanime convergenza nel ritenere che sia connesso alla funzione istituzionalmente imparziale connessa alle forze armate[37].

In tema di esercizio delle libertà in ambito politico, la norma cardine è contenuta nell'art. 1483 del d.lgs. 66/2010 che, al primo comma, dispone che le forze armate devono «in ogni circostanza mantenersi al di fuori delle competizioni politiche». Trattasi di un principio la cui portata applicativa non è mai stata concretamente messa in dubbio. L'apoliticità istituzionale delle forze armate implica che queste, in quanto organi della difesa globalmente considerati, devono astenersi da ogni critica o sostegno di natura politica e partitica; il loro essere al solo servizio della Nazione deve risultare anche da una reale e socialmente percepita equidistante indifferenza degli organi istituzionali delle forze armate dall'agone politico sia interno che esterno alle istituzioni formali, quindi anche prescindendo dalla posizione di governo di un partito. Se quindi, è vero, che l'impiego dello strumento militare, ancorché posto sotto il comando del Capo dello Stato, è regolato e diretto dal potere esecutivo, che è espressione di una maggioranza partitica, è altrettanto vero che le forze armate devono rimanere esterne a detti processi decisionali e essere (ed atteggiarsi) quali esecutori tecnici di direttive di governo *pro salute rei publicae*.

Diverso è il caso del singolo militare, per cui non esiste una norma che, esplicitamente, vieti l'appartenenza ad un partito politico[38]. Vi è stata una norma dichiaratamente transitoria[39], con cui si stabiliva che, in attesa di una norma generale di attuazione dell'art. 98, c. 3 Cost., «gli appartenenti alle forze di polizia [quindi anche i militari dell'Arma dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, per quanto qui di interesse, n.d.A.] non possono iscriversi ai partiti politici». Tale divieto è stato prorogato di anno in anno, con successivi interventi legislativi, fino al 1990[40] e mai più rinnovato.

Sul punto esiste, però, una norma, contenuta nell'art. 1483, c. 2 del d.lgs. 66/2010, che così recita: «ai militari che si trovino nelle condizioni di cui al c. 2 dell'art. 1350, è fatto divieto di partecipare a riunioni e manifestazioni di partiti, associazioni e organizzazioni politiche, nonché di svolgere propaganda a favore o contro partiti, associazioni, organizzazioni politiche o candidati alle elezioni politiche e amministrative». Il divieto appare, pertanto, circoscritto ai militari che «a) svolgono attività di servizio; b) sono in luoghi militari o comunque destinati al servizio; c) indossano l'uniforme; d) si qualificano, in relazione a compiti di servizio, come militari o si rivolgono ad altri militari in divisa o che si qualificano come tali» (art. 1350, c. 2 del medesimo d.lgs.).

---

35 A. AMORTH, *Garanzie democratiche di fronte all'azione dei partiti*, in *Justitia*, 1958, 396.

36 La ragione storicamente data inerisce la fondamentale regola dello Stato liberale per cui il potere militare deve essere subordinato al potere civile, cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2014, 437, S. FOIS, *Sindacati e sistema politico*, Milano, 1978, 170 e F. MANCINI, *Il sindacalismo militare e la sinistra,* in *Pol. Dir.*, 1976, 59

37 «Si tratta di garantire l'efficienza e la coesione di uno strumento organizzativo che, in uno Stato democratico e di diritto, monopolizza l'uso legale della forza per la difesa della sua integrità politico-territoriale e la garanzia di esistenza della sua sovranità, interna ed internazionale», cfr. F. CARINCI e V. TENORE, *Il pubblico impiego non privatizzato. Vol I: Forze armate e polizia*, 2007, 463.

38 Né nelle norme previgenti, ovvero nella l. 382/1978, recante *Norme di principio sulla disciplina militare*, né nel d.P.R. 545/1986, recante il *Regolamento di disciplina militare*, né nei vigenti d.lgs. 66/2010, *Codice dell'ordinamento militare*, e d.P.R. 90/2010, *Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare*.

39 Art. 114, della l. 382/1978.

40 *Rectius*, fino al 31 dicembre 1990, per la proroga di cui all'art. 1 del d.l. 81/1990, conv. in l. 159/1990.

Ora, sulla interpretazione sistematica di queste norme, su cui si fonda la capacità partitica del militare, esistono tre linee interpretative.

La prima ha impostazione pienamente negativa. Come sostenuto dall'Avvocatura dello Stato[41], la lettura coordinata di queste disposizioni vieta l'instaurazione di un rapporto organico tra il militare ed il partito politico, perché la contrazione di un vincolo obbligatorio di diritto privato, teleologicamente orientato all'attività politica, è lesivo dei principi di terzietà politica delle forze armate e ha «possibili refluenze anche sul versante del corretto funzionamento della rappresentanza militare». D'altra parte, una interpretazione in termini di razionalità interpretativa del divieto di coinvolgimento delle forze armate nella lotta politica inevitabilmente porta a concludere per un divieto rivolto ai singoli militari; le forze armate, in quanto istituzioni, infatti, non possono strutturalmente partecipare alle competizioni politiche, *naturaliter* rivolte ai cittadini, per cui, interpretata come divieto rivolto all'istituzione, esso sarebbe *inutiliter dato*.

La seconda interpretazione, fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa territoriale[42], è nettamente opposta e riconosce, a date condizioni, la capacità partitica come diritto del militare. La prima critica all'impostazione negativa nasce dal fatto che questa è impostata sulla presupposizione che la legge *minus dixit quam voluit*. D'altra parte, come ricordato, quando la legge ha voluto introdurre un divieto di iscrizione dei militari a partiti politici, ciò ha fatto con formula inequivocabilmente precisa e perentoria. Al contrario nella disciplina di legge attualmente in vigore non è rinvenibile «alcuna disposizione che, in modo espresso ed inequivoco, faccia divieto ai militari di iscriversi in partiti politici o di assumere cariche in loro seno»[43], fatte salve le ricordate situazioni di cui all'art. 1350, c. 2. Nemmeno può argomentarsi che il comportamento del singolo militare che, fuori dalle ricordate situazioni, si iscriva ad un partito politico sia in grado di risultare rappresentativo dell'insieme della forza armata di appartenenza[44]. D'altra parte, una situazione soggettiva tutelata a livello costituzionale non può essere limitata sulla base di una mera presupposizione, richiedendo una espressa norma giuridica.

Una terza linea interpretativa, mediana e nomofilattica, è stata assunta dal Consiglio di Stato[45]. I giudici di palazzo Spada hanno operato una distinzione tra la mera associazione ad un partito politico e l'assunzione di una carica all'interno di esso.

Dal punto di vista della mera adesione, si deve considerare che il principio di terzietà politica, «non menziona in alcun modo il singolo militare, né, tantomeno, ne perimetra in senso riduttivo la libertà, costituzionalmente tutelata, di associazione a fini politici». Il principio in discorso è, dunque, solo diretto ad evitare che si pongano in essere iniziative di natura politica, anche adottate da rappresentati apicali di una forza armata, idonee ad impegnare l'istituzione tutta, determinandone il sostanziale ingresso nell'agone politico. In mancanza di una norma di diverso tenore, dunque, «la mera iscrizione di un appartenente alle forze armate ad un partito politico costituisce, allo stato attuale della legislazione, un comportamento *ab imis* lecito che in nessun caso può essere stigmatizzato dall'amministrazione militare»[46].

A conclusioni diverse si deve giungere ove il militare si impegni dinamicamente all'interno del sodalizio partitico assumendo una carica all'interno di questo. Questa posizione, secondo il Consiglio di Stato, «accentua (*recte*, nell'attuale società della comunicazione sostanzialmente impone) l'esposizione sociale e mediatica dell'interessato, potenzialmente suscettibile di essere chiamato a dare conto dell'indirizzo politico della formazione cui aderisce ed a parlare in nome e per conto di essa in plurimi contesti pubblici, ossia a svolgere, in varie forme, attività di propaganda politica, espressamente vietata dall'art. 1472, c. 3» del d.lgs. 66/2010. Questo è il punto di maggior frizione tra il diritto di associazione partitica del cittadino militare e l'equidistanza politica delle forze armate.

---

41 T.A.R. per il Piemonte, 5 settembre 2016, n. 1127 in *www.giustizia-amministrativa.it.*

42 T.A.R. per il Piemonte *ivi*, T.A.R. per l'Umbria, 22 dicembre 2011, n. 409 e T.A.R. per il Veneto, 4 dicembre 2012, n. 1480, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

43 T.A.R. per il Piemonte *ivi*.

44 T.A.R. per l'Umbria *ivi.*

45 Cons. St., IV sez., 12 dicembre 2017, n. 5845 in *www.giustizia-amministrativa.it.*

46 Ivi.

Nella considerazione che lo *status* di militare non è limitato al servizio, il Consiglio di Stato ritiene che le scelte programmatiche, le polemiche politiche e le dichiarazioni pubbliche che sono parte integrante dell'assunzione di un ruolo nel *party in central office*, «sarebbero inevitabilmente ricondotte dal generale pubblico (anche) alla forza armata cui l'esponente partitico appartiene e per la quale continua a prestare contestualmente servizio attivo»[47]. A sostegno del divieto di assunzione di cariche partitiche, il collegio è giunto nella considerazione che il legislatore ha posto un diaframma strutturale tra attività di servizio ed elettorato passivo, disponendo non solo che l'attività di politica debba svolgersi «al di fuori dell'ambiente militare ed in abito civile»[48], ma che il militare eletto sia, all'atto della proclamazione, posto d'ufficio in aspettativa[49].

Tutto ciò considerato, lo stato attuale della legislazione, così come interpretato dal Consiglio di Stato, riconosce al militare il diritto di iscrizione ad un partito politico e di esercizio dell'elettorato passivo, ma vieta al militare di assumere, nell'ambito di una formazione partitica, alcuna carica statutaria neppure di carattere onorario, a tutela indiretta ma necessaria del principio di neutralità politica delle forze armate.

Nulla quaestio, infine, con riferimento al diritto di elettorato attivo, pienamente riconosciuto da plurime norme[50].

3. Riflessioni conclusive.

L'interpretazione fornita dal Consiglio di Stato non può andare esente da una lettura critica, nella parte in cui si ritiene proscritta l'assunzione di cariche interne al partito. Questo sulla base di due considerazioni fondamentali.

In primo luogo, come detto, la libertà di aderire ad un partito politico è una posizione soggettiva tutelata dall'ordinamento costituzionale, che ammette una limitazione per legge con riferimento ai militari. Ebbene, trattandosi di una libertà stabilita dalla Costituzione ogni limite ad essa non può che essere interpretato in maniera restrittiva[51]. L'unico limite legale esplicito in materia riguarda il militare che si trovi nelle situazioni di cui all'art. 1350, c. 2 del d.lgs. 66/2010 e non ve ne sono altri.

Ricavare un divieto di assunzione di cariche partitiche, per quanto frutto di considerazioni teleologicamente condivisibili, non trova aggancio alcuno nella *litera legis*, dunque non potrebbe atteggiarsi a limite di un diritto costituzionalmente tutelato, posto che, ai sensi dell'art. 98, c. 3 Cost., una limitazione all'iscrizione ai partiti politici non può che trovare fondamento nella legge. Ricorrere ad una interpretazione che consenta la mera iscrizione, ma vieti di assumere cariche, pare tradire lo spirito della norma costituzionale, perché introduce un vincolo alle modalità di esercizio di un diritto che non è contenuto in alcuna legge e che pone i militari in posizione deteriore rispetto agli altri cittadini.

In secondo luogo, il percorso logico argomentativo seguito dai giudici di palazzo Spada, non pare condivisibile nel momento in cui pare realizzarsi una confusione tra il piano dell'elettorato passivo e l'esercizio del diritto di associarsi ad un partito ed eventualmente assumere una carica all'interno di questo. A giustificazione del divieto, come detto di creazione giurisprudenziale, per il militare di assumere cariche partitiche si sono poste due considerazioni.

La prima, per cui il legislatore ha voluto una netta distinzione tra attività politica e militare, imponendo il transito nella posizione di licenza straordinaria del candidato, che non può fare campagna elettorale in uniforme, ed in aspettativa dell'eletto.

---

[47] Prosegue il Consiglio di Stato: «Questa indebita commistione, poi, si apprezzerebbe in misura esponenziale nell'ambito locale ove vive (e dove solitamente presta servizio) il militare: tale *status*, con ogni verosimiglianza, ne aumenterebbe la visibilità e l'identificabilità e, in tal modo, determinerebbe altresì la riconduzione di quella attività partitica, in sé necessariamente "politica" e legittimamente "di parte", ad un'istituzione strutturalmente e costitutivamente neutrale quale sono e debbono in ogni circostanza rimanere e dimostrare di rimanere le forze armate».

[48] Art. 1484 del d.lgs. 66/2010.

[49] Art. 903, c. 1 e 1488, c. 1 del d.lgs. 66/2010.

[50] Artt. 1489, 1490 e 1491 del d.lgs. 66/2010.

[51] C. VALENTINI, *Costituzione e ragionamento giuridico*, Bologna, 2018, 189.

Tuttavia non è possibile, da queste disposizioni, dedurre un divieto di assunzione di ruoli partitici dirigenziali: ben potrebbe, infatti, un candidato alle elezioni non essere un dirigente del partito e nemmeno è vero che ciò si verifica nell'*id quod plerumque accidit*. Le posizioni soggettive del candidato e del dirigente di partito, pur potenzialmente potendo far capo al medesimo soggetto, sono nettamente distinte, dunque distinta ne deve essere la disciplina.

La seconda considerazione è la presunzione che la condotta e la posizione politiche, anche posta in essere dal militare al di fuori di ogni contesto di servizio, sarebbero «inevitabilmente» ricondotte alla forza armata di appartenenza. Non si può, anche in base ad un mero dato esperienziale, condividere questa supposta catena causale, perché altrimenti questa si dovrebbe riconoscere anche nei confronti degli altri impiegati pubblici, anche privatizzati; non si vedrebbe, altrimenti, ragione per ritenere che la condotta politica del militare fuori servizio possa ricondursi alla forza armata e non che la medesima condotta, sempre fuori servizio, dell'insegnante o del medico non sia da ricondursi alla struttura scolastica o sanitaria di appartenenza[52].

Dunque, se ciò non si verifica in generale, nemmeno si verifica in particolare.

Proprio con attenzione al disposto dell'art. 1483, c. 2 del d.lgs. 66/2010, si ricava che, al di fuori delle ipotesi di connessione con il servizio, non si vede ragione per cui il militare debba vedere una compressione tale delle sua posizione individuale, compressione che (al di fuori di ogni altra considerazione di opportunità) non è, ad oggi, prevista da alcuna disposizione di legge.

[52] Alla medesima conclusione, seppur con diverse motivazioni, giunge E.B. NIUTTA e A. ESPOSITO, *Elementi di diritto disciplinare militare*, Roma, 2014, 87.

Digital Tax: l'adeguamento del sistema fiscale internazionale alla Digitalization of Economy

Digital Tax: the adjustment of international tax system at the Digitalization of Economy

di *Nicolò* GIORDANA[1]

ABSTRACT: L'articolo propone una compiuta analisi dello stato dell'arte sul progressivo adattamento in corso negli Ordinamenti internazionali alla digitalizzazione dell'economia. Negli ultimi anni, infatti, abbiamo assistito al crescere di una *new economy* che ha ampliato sensibilmente il modo di generare la ricchezza e la sfida che ne è sorta è l'adeguamento delle normative fiscali. L'economia digitale pone in crisi le categorie tradizionali del diritto tributario in quanto le continue innovazioni dei veicoli tecnologici attraverso cui detta economia si sviluppa ne rafforzano la fluidità. In questo contesto si sono prospettate, e qui analizzate, diverse risposte internazionali tra cui, in ambito OCSE, il Progetto BEPS. In ultimo, in Italia, la recente Legge di Bilancio 2019 ha introdotto l'imposta sui servizi digitali che vuole essere la risposta italiana alla digitalizzazione dell'economia.[2]

The Article propose a complete analysis of the state of art of the adaptation in progress in the international regulations to the Digitalization of Economy. In the last years, we have seen the growth of a new economy that significantly increased the way of generating wealth and the challenge born is the adaptation of Tax Laws. The digital economy put in crisis the traditional categories of Tax Law because the continuous innovations of technological vehicles though which this economy develops reinforce its fluidity. In this framework various responses have been proposed, and in this Paper analysed, responses by the international regulations like OCSE whit the BEPS Project. Last, in Italy, the new Budget Law for the 2019 introduce the Tax on digital services. This is the Italian answer to the Digitalization of Economy.

Sommario: 1. L'impatto della *new economy* sui criteri tradizionali – 2. Gli approcci internazionali alla tassazione della *Digitalization of Economy* – 3. La risposta OCSE: il Progetto BEPS – 3.1. La base del tempio: la *Digital Economy* – 3.2. Il primo pilastro: la maggior coerenza delle regole – 3.3. Il secondo pilastro: il *focus* sui profili sostanziali – 3.3.1. Il *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status* – 3.4. Il terzo pilastro: trasparenza e certezza del diritto – 3.5. Il *Multilateral Instrument* – 4. Le critiche al sistema OCSE – 5. La proposta italiana – 5.1. La Legge di Bilancio 2019 e la previsione dell'imposta sui servizi digitali – 6. Le posizioni europee in materia di *Web Tax* – 7. Conclusioni.

1. L'impatto della *New Economy* sui criteri tradizionali

La *new economy*, ovvero l'economia che si basa sulle tecnologie digitali, amplia sensibilmente il modo di generare ricchezza ponendo una serie di sfide per i sistemi fiscali internazionali. Il soggetto, fisico o giuridico, inserendosi all'interno del *web* entra all'interno di un mercato globale che non soltanto consente di raggiungere mercati fisicamente distanti ma consente un forte abbattimento dei costi operativi raggiungendo quindi con una maggiore facilità ed un altrettanto maggiore risparmio il *final customer*.

Se è vero che la maggior parte della dottrina e dei professionisti che si accingono ad approcciare il tema parla di economia digitale noi preferiamo parlare di digitalizzazione

[1] Avvocato tributarista, associato dello Studio *Mercanti e Associati*.

[2] Articolo sottoposto alla procedura di *double blind peer review*.

dell'economia in quanto, rifacendoci ad altro filone di pensiero, riteniamo che tutti i *business* tradizionali siano digitali e che tutti i *business* digitali siano tradizionali[3].

Parlare di economia digitale significa ricomprendere l'intermediazione di servizi, l'*e-commerce*, le *cyber values*, le c.d. *over the top*, ed infine le componenti digitali proprie delle attività tradizionali. Ognuna di esse è profondamente diversa e ha influssi autonomi negli aspetti tributari.

L'economia digitale mette in crisi le categorie tradizionali del diritto tributario in quanto le caratteristiche di questa *new economy* sono del tutto nuove rispetto a quelle tradizionali. Invero, se la sua volatilità per certi tratti può essere paragonata all'instabilità intrinseca tipica anche del mercato tradizionale, certo le continue innovazioni dei veicoli tecnologici attraverso cui si sviluppa ne rafforzano sensibilmente la fluidità. Ulteriore peculiarità è data dalla dematerializzazione, «*digital good may be everything and nothing*»[4], in quanto lo sviluppo di questa economia non è – come già detto – nei canali tradizionali bensì attraverso l'uso di *software* ovvero di dispositivi elettronici eterei e non inclusi in supporti materiali. Infine è un'economia che, come autorevole dottrina ha avuto modo di definire[5], è a-territoriale non essendo connessa fisicamente col territorio nel quale si crea la ricchezza anzi è ontologicamente transnazionale in ragione della particolare facilità con cui è possibile varcare i confini dei singoli Stati.

Il problema della territorialità, o meglio dell'assenza di questa, nel *cyber spazio* rende assai più ostica la *taxable presence*: l'efficacia delle attuali norme in materia di individuazione del territorio di soggezione all'imposizione fiscale non è più idonea a rispondere alle esigenze del diritto tributario nei confronti dell'economia digitale. Il processo di individuazione della giurisdizione statale competente ad esercitare la propria forza tributaria è infatti reso particolarmente complesso dalla difficoltà di legare in termini tangibili ed effettivi il contribuente persona fisica o giuridica con il territorio dello Stato: la mancanza di legami fisici rende così difficilmente praticabili i classici strumenti impositivi della fiscalità internazionale.

2. Gli approcci internazionali alla tassazione della *Digitalization of Economy.*

Il dibattito sul se e sul come tassare i proventi da attività di *business* condotte nel digitale ha iniziato ad animarsi negli anni '90 sia a livello statunitense che a livello OCSE. Gli Stati Uniti, con l'*Internet Tax Freedom Act* del 1998, hanno stabilito una moratoria sull'introduzione di nuovi tributi specifici per il commercio elettronico al fine di evitare ogni genere di discriminazione. Invero il Sistema USA ha ritenuto che le peculiarità dell'economia digitale non giustificassero l'introduzione di norme circostanziate in quanto ciò avrebbe minato il principio di neutralità che il Legislatore deve adottare nel trattamento dei redditi prescindendo dalla fonte (*business* tradizionale o digitale).

Anche in seno all'Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica si è manifestato un ampio dibattito nelle conferenze svoltesi nel 1997 a Turku, nel 1998 a Ottawa e nel 1999 a Parigi. Gli orientamenti erano due: il primo riteneva pienamente applicabile lo *status quo* normativo anche all'economia digitale, il secondo – *revolutionary approach* – auspicava l'introduzione di una *bit tax* gravante sul commercio interattivo per colpire l'intensità delle trasmissioni assumendo come unità di misura il *bit*.

Gli Ordinamenti nazionali hanno da sempre cercato di evitare il fenomeno della doppia imposizione limitando le distorsioni fiscali accusate di essere un freno per la crescita ed il commercio globale. Questa impostazione tipica di ogni Paese è stata però messa in forte crisi tanto da farla rivelare inadeguata nel contrasto alle pratiche fiscali poste in essere da alcune società che ricorrono al *business* digitale. In altri termini possiamo affermare che per evitare una doppia imposizione si è generata una doppia non imposizione.

---

[3] Così anche in P. MORTON, *Profit splits and value chain analysis key to adressing transfer pricing issues in the digital economy*, in *TP Week*, 12 agosto 2014, e R. PETRUZZI – S. BURIAK, *Adressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?*, in *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, LXXII, 2018, 2.

[4] T. ROSEMBUJ, *Taxing Digital*, in *El Fisco*, Barcellona, 2015, 13.

[5] Cfr. M. LEO, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in *il fisco*, 2018, 2007.

L'attenzione posta a livello sovranazionale nei confronti della *Web Tax* è quindi cresciuta sensibilmente di pari passo con il progresso del digitale e delle attività di *new business* a questo legate. Le evidenti criticità legate al sistema fiscale sono emerse nel corso del G20 di Los Cobos (Messico) del 2012 e si sono palesate nella dichiarazione finale con cui i *leader* dei vari Stati si sono impegnati "*to prevent base erosion and profit sharing*". È in questo contesto che si sono poste le basi per affidare all'OCSE, il 5-6 novembre 2012, il mandato ad approfondire il tema. L'Organizzazione ha quindi presentato il Progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) al G20 di Mosca del luglio 2013 con l'intento di contrastare le strategie di pianificazione fiscale aggressiva assoggettando i redditi alla tassazione prevista nel luogo in cui le attività producono valore. Questo progetto, costituito da quindici misure, vuole arginare le condotte elusive dei contribuenti volte ad erodere la base imponibile (fenomeno di *base erosion*) e il *profit shifting* in Paesi a tassazione ridotta o nulla.

Alcuni Stati hanno deciso di non aspettare la formazione di un consenso internazionale sulle linee da adottare ed hanno disposto l'efficacia di alcune figure di imposizione fiscale sulla base delle necessità riscontrate a livello globale volte a reagire al fenomeno della ridestinazione degli utili imponibili in Paesi a fiscalità ridotta o assente. In questo senso negli ultimi anni sono paradigmatici gli esempi del Regno Unito o dell'Australia, certamente i più significativi. Invero il Legislatore britannico ha introdotto, a partire dal 2015, la *Diverted Profits Tax* che colpisce i redditi dirottati da alcune società multinazionali in Stati a bassa imposizione sottraendoli così alla tassazione del Regno. Questa imposta trova la sua applicazione in tutti i casi in cui l'Amministrazione finanziaria considera che l'attività economica del soggetto giuridico sia portata a termine in modo tale da evitare artificiosamente l'applicazione delle norme fiscali sui redditi prodotti mediante una stabile organizzazione.

Anche la Francia ha introdotto una norma *ad hoc* che però è stata dichiarata incostituzionale nel 2016[6] e la Nuova Zelanda si sta attrezzando per adeguarsi a questo *trend*. Altri Paesi come l'India o la Spagna hanno cercato risposte differenti, come la istituzione del contributo di perequazione indiano del 6% sulle commissioni pagate da società residenti a soggetti non residenti per servizi di *advertising online* superiori a 1.500 dollari[7]. Israele ha invece introdotto regimi per incentivare le imprese digitali a trasferire *in loco* le attività di ricerca e sviluppo dei beni immateriali.

Nel Medioriente, Kuwait e Arabia Saudita hanno introdotto il concetto di *virtual service PE* non puntando sulla esistenza fisica della impresa ma sul fatto che essa ha prestato servizi dai quali ha ottenuto un ricavo oltre un determinato periodo[8].

Nel quadro sovranazionale si inserisce anche la Commissione Europea che da tempo propone la *Common Consolidated Corporate Tax Base*, cioè di utilizzare i ricavi generati grazie allo sfruttamento dei dati informatici per determinare la base imponibile comune per l'imposta delle società europee. La *CCC Tax Base* deve comunque essere coordinata con il concetto di "presenza economica significativa" proposto dall'OCSE. Nel tempo di attesa di una soluzione unica e condivisa a livello globale durante il Consiglio EcoFin di Tallin, tenutosi nel settembre 2017, si è ipotizzata l'introduzione di una temporanea *Equalization Tax*, un'imposta separata sul fatturato per proteggere il gettito degli Stati membri. Altre ipotesi possono essere l'introduzione di una *Withholding Tax* sui pagamenti delle transazioni fiscali (possono però esserci complicazioni per la individuazione dei sostituti d'imposta), o l'imposizione di un tributo sui ricavi generati dai servizi digitali e dall'attività pubblicitaria.

Dobbiamo anche ricordare la posizione delle Nazioni Unite espressa nello *UN Pratical Manual on Transfer Pricing for the Developing Countries*, lo *UN Manual*, e nel *report* del Comitato dell'ONU degli esperti di cooperazione in materia fiscale *Tax Challenges in the Digitalized Economy*. Quello che viene rilevato è la necessità di adeguamento dello *UN Model* del 2011 sulla

---

6 CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA REPUBLIQUE FRANÇAISE, Decision n. 744, 29 dicembre 2016.

7 A.G. PRATS, *Permanent Establishment after BEPS – A more appropriate allocation of taxing rights?*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, Roma, VI, 2017, 1640-1641.

8 R. PETRUZZI – S. BURIAK, *Adressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?*, cit., 4.

convenzione in materia di doppia tassazione tra Paesi sviluppati ed in corso di sviluppo e dei singoli trattati bilaterali sulle doppie imposizioni passando tramite la determinazione di un *nexus*, l'assegnazione di un ruolo specifico ai *data* e la *charaterization of payments*[9].

3. La risposta OCSE: il Progetto BEPS.

Il BEPS, come abbiamo detto sopra, vuole contrastare un fenomeno di transazione dei profitti posto in essere per abbattere la soglia di imposte dovute in un determinato Paese. Le cause di questi *shifting* sono date dal potere di scindere l'imposizione delle fonti di reddito dalle attività economiche che li generano, dall'attuazione di strategie fiscali aggressive in contesti ad alta innovazione e globalizzazione, dalle asimmetrie e mancanze di coordinamento tra i diversi regimi fiscali nazionali nonché dalla rigidità dei sistemi tributari rispetto ad una flessibilità dei redditi d'impresa.

Il BEPS è un progetto congiunto tra il G20 e l'OCSE per contrastare le strategie di erosione della base imponibile e di traslazione dei profitti fatta da alcune imprese per ricondurre l'imposizione dei ricavi aziendali negli effettivi contesti territoriali in cui quelli sono stati creati. Il Progetto, prima sostanziale riforma delle regole della fiscalità internazionale, fornisce ai Governi una serie di soluzioni volte a colmare le lacune dei vigenti sistemi fiscali.

La pratica di *Base Erosion and Profit Shifting* sottrae risorse alle economie nazionali non consentendo una loro riallocazione per la creazione di sistemi di *welfare* e di sistemi tributari più equi. Come riportato dal comunicato dei Ministri delle Finanza e dei Governatori delle Banche Centrali del G20 di Ankara del 2015 «*We will continue to work on an equal footing as we monitor the implementation of the BEPS project outcomes at the global level, in particular, the exchange of information on cross-border tax rulings. We call on the OECD to prepare a framework by early 2016 with the involvement of interested non-G20 countries and jurisdictions, particularly developing economies, on an equal footing. We welcome the efforts by the IMF, WBG, UN and OECD to provide appropriate technical assistance to interested developing economies in tackling the domestic resource mobilization challenges they face, including from BEPS. We continue to work to enhance the transparency of our tax systems, and reaffirm our previously agreed timelines for the implementation of automatic exchange of information. We reiterate our commitment to implement the G20 High-Level Principles on Beneficial Ownership Transparency and look forward to further progress on country implementation. We support the efforts made for strengthening non-G20 economies' engagement in the international tax area and welcome the decisions taken under the Addis Ababa Action Agenda on international cooperation on tax matters*».

Secondo le stime dell'OCSE le perdite del gettito fiscale sono da collocare in una forbice tra i 100 ed i 240 miliardi di dollari all'anno, un totale quindi di 88-221 miliardi di euro, che si attestano essere in percentuale tra il 4 ed il 10 % del gettito globale relativo all'imposizione societaria[10]. Queste elusioni impattano poi negativamente sulla fiducia nei mercati fiscali, sul mercato delle piccole e medie imprese danneggiate da pratiche *border line* e creano incentivi distorti all'allocazione degli investimenti diretti esteri[11].

Il Progetto BEPS prevede nuovi *standard* minimi in materia di abuso dei trattati finalizzato a scopi elusivi dalle società veicolo, accordi tra Stati per evitare che le azioni di contrasto alla doppia tassazione pongano il fianco a favorire una doppia non imposizione, scambio di informazioni sulle strategie adottate dalle imprese multinazionali, limitazione delle pratiche fiscali dannose e scambio automatico di informazioni tra multinazionali e Paesi in sede di accordi fiscali. Il Progetto definisce poi il concetto di stabile organizzazione e, per scongiurare il rischio di *cash box*, ridetermina le linee in materia di *transfer pricing*.

---

[9] UN COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS, *Tax Challenges in the Digitalized Economy: Selected Issues for Possible Committee Consideration*, 2017, § 40.

[10] OCSE, *Measuring and Monitoring BEPS*, *Action 11 Final Report*, Parigi, 2015

[11] Cfr. SERVIZIO DEL BILANCIO DEL SENATO, *Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, Roma, 2015, 2.

L'*Action Plan* illustra quindici diverse *actions* e, prendendo in prestito la tipica raffigurazione di europeista, può essere immaginato come un tempio formato da una base ed un tetto che agiscono trasversalmente, e tre pilastri individuabili nel (I) dotare i regimi fiscali nazionali di regole con un maggior grado di coerenza in materia di attività transnazionale, nel (II) rafforzamento dei profili sostanziali posti alla base degli attuali *standard* internazionali e nel (III) miglioramento della trasparenza e della certezza del diritto garantendo anche lo scambio di informazioni.

3.1 La base del tempio: la *Digital Economy.*

Nell'*Action 1* sono poste in evidenza tre criticità della *digitalizzazione dell'economia*, in particolare il *nexus*, ossia il dato in grado di collegare l'economia ad un determinato territorio; gli IT data rilevanti per la determinazione del profitto generato in un certo mercato; e la *characterisation*, cioè la qualificazione dei pagamenti relativi alla fruizione dei prodotti di *new economy*. Le caratteristiche di questa economia spingono a cercare forme impositive che siano in grado di prescindere dalla *taxable presence* (di norma intesa come stabile organizzazione) della *digital enterprise* nel territorio dello Stato.

L'*Action 1* ha introdotto concetti innovativi, in primo luogo quello della "presenza digitale significativa" di un'impresa nell'economia di un Paese, che possiamo definire come la contestuale presenza di condizioni relative ai ricavi, a *digital factors* e ad altri *user-based factors* connessi alla localizzazione degli utenti finali attivi (es. luogo di raccolta dei dati o di conclusione del contratto *on-line*). I ricavi realizzati attraverso l'utilizzo di impianti informatici si ritengono fiscalmente rilevanti nel caso in cui superino un determinato ammontare di clienti fisicamente presenti in un Paese. Altri concetti nuovi sono quelli della "stabile organizzazione virtuale" e del "nesso" col territorio[12].

Come possibili sistemi di imposizione l'*Action 1* individua una *Withholding Tax*, o una *Equalization Levy*, tassa applicabile al corrispettivo ricevuto per ogni servizio identificato (es. la pubblicità *on-line* ed ogni struttura affine). L'*Equalization Levy* potrebbe legarsi all'uso della banda larga in rapporto al numero di *byte* utilizzati dai siti *web* applicando un sistema di franchigie ed aliquote progressive e introducendo una progressività d'imposta che non graverebbe sul fatturato e che consentirebbe – in linea teorica – la deducibilità di questa *Consumption Tax* dal reddito d'impresa della stabile organizzazione della società non residente[13].

L'Azione 1 individua quindi tre proposte volte a novellare l'attuale art. 5 del modello di convenzione OCSE in materia di *permanent establishment:* l'introduzione dell'autonomo concetto di stabile organizzazione virtuale[14], e la creazione di un *nexus* come criterio di collegamento basato sulla presenza digitale significativa di un'impresa nell'economia del Paese differente rispetto a quello di residenza.

3.2 Il primo pilastro: la maggior coerenza delle regole.

Come anticipato sopra, all'interno del primo pilastro rientrano le quattro azioni volte a determinare una maggior coerenza delle regole in materia di fiscalità internazionale ossia la neutralizzazione degli effetti degli *Hybrid Mismatch Arrangements*, la regolamentazione effettiva delle controllate estere, il controllo delle transazioni finanziarie infragruppo e il contenimento delle pratiche fiscali dannose.

La prima, *Action 2*, punta ad eliminare gli effetti delle strategie e degli strumenti che sfruttano le asimmetrie tra i differenti Ordinamenti nazionali per poi determinare situazioni di indebito vantaggio; si pensi alle doppie imposizioni, alle deduzioni plurime concernenti una

---

[12] *Ivi, 3.*

[13] Cfr. A. TOMASSINI, *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corriere Tributario*, Assago, III, 2018, 173.

[14] Per esempio la conclusione di contratti per mano di un proprio agente che agisce sfruttando impianti di tecnologia informatica ovvero la disponibilità di un sito internet.

medesima spesa, alle deduzioni in uno Stato di imposte mai corrisposte altrove, ovvero il differimento a lungo termine del pagamento delle imposte dovute.

L'*Action 3* tenta di definire regole precise in materia di *Controlled Foreign Company Rules* partendo dalla determinazione delle medesime tramite il dettaglio dei loro requisiti. Le prescrizioni dell'OCSE mirano ad impedire lo spostamento fittizio di redditi verso imprese controllate estere residenti in Stati a fiscalità privilegiata.

L'*Action 4*, introducendo delle soglie percentuali non oltrepassabili, limita l'erosione della base imponibile derivante dalla deduzione degli interessi e di tutti gli altri costi relativi ai finanziamenti effettuati all'interno di gruppi multinazionali ai fini dell'utilizzabilità dei *fiscal benefits* derivati dall'indebitamento. L'ultima, l'*Action 5*, tramite lo scambio obbligatorio delle informazioni riguardanti i regimi agevolati in vigore e le correlate procedure nei vari Paesi, prevede una ristrutturazione del lavoro sulle pratiche fiscali dannose implementando la trasparenza e utilizzando metodologie condivise per determinare gli *standard* minimi da rispettare per poter godere dei regimi di favore.

3.3. Il secondo pilastro: il *focus* sui profili sostanziali.

Il secondo pilastro raggruppa la prevenzione di *granting of Treaty Benefits* in circostanze non appropriate, la nuova definizione del concetto di stabile organizzazione – cui dedichiamo il paragrafo che segue – ed una serie di azioni dedicate al *transfer pricing*.

L' *Action 6* mira a prevenire il fenomeno delle *letterboxes*, *shell companies*, *conduits*, cioè quelle società fittizie inesistenti sotto il profilo sostanziale che vengono aperte con lo scopo di perseguire il *treaty shopping*. Le clausole antiabuso vengono finalizzate quindi all'evitare che un soggetto giuridico riceva indebiti benefici fiscali.

Il *transfer pricing* è invece regolato dalle *Actions 8*, *9* e *10* che mirano ad una adeguata tassazione dei profitti in linea con le attività economiche che li hanno generati. Alcune imprese multinazionali fanno emergere i profitti negli Stati in cui è possibile godere di un vantaggio fiscale maggiore rispetto al territorio in cui ha originariamente avuto luogo l'attività d'impresa. In questo contesto l'ottava Azione considera il *transfer pricing* con riferimento alle transazioni aventi per oggetto i beni immateriali, *intrinsecamente* mobili e di difficile valutazione; e la nona determina che la ripartizione dei rischi su base contrattuale sia considerata effettiva nel solo caso in cui l'impresa associata possa prendere decisioni, esercitare un autonomo controllo sul rischio e prevenirlo o affrontarlo concretamente con risorse proprie. L'*Action 10* riguarda le aree ad alto rischio di erosione della base imponibile mediante l'incremento fittizio dei costi di gestione.

3.3.1. Il *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status.*

Particolare interesse mostra *l'Action 7* intitolata *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status* che definisce in modo nuovo ed articolato il concetto di stabile organizzazione materiale ma anche personale (si vuole evitare che chi detiene in modo continuativo il potere di conclusione di contratti in nome e per conto di una società straniera sia considerato come mero agente indipendente).

La configurazione di un efficace criterio di collegamento tra la società che opera in *Digital Business* non residente e lo Stato in cui essa di fatto opera consente di garantire la tassazione dei redditi prodotti in quel territorio. Per individuare un criterio di collegamento tra una *Digital Company* non residente ed il territorio di insediamento dobbiamo necessariamente rifarci al principio del diritto fiscale internazionale del *source-based taxation principle* che legittima la pretesa tributaria su ogni reddito prodotto da persona fisica o giuridica non residente nello Stato pretendente[15].

[15] L'*International Tax Law* prevede due principi generali di tassazione ovvero il *source-based taxation principle*, di cui sopra nel testo, ed il *residence-based taxation principle* che, avendo un orizzonte applicativo teoricamente senza limiti, ricomprende non soltanto la trassazione statale dei redditi prodotti nel territorio dai soggetti residenti ma anche i redditi prodotti all'estero, è il *world-wide taxation*, meccanismo di attrazione a tassazione dei redditi prodotti

Teorizzando come elemento di collegamento il beneficio è agevolmente individuabile un gruppo di *benefits* di cui l'impresa ospite è in grado di godere grazie all'utilizzazione del sistema dello Stato ospite tra cui la rete infrastrutturale fisica (es. gestione dei rifiuti) e del contesto digitale, la protezione dei dati intellettuali, la garanzia della retribuzione delle transazioni economiche, e, più in generale, dell'impianto giuridico nel suo complesso[16].

Volendo individuare il *nexus* dobbiamo definire quei fattori in grado di individuare una non occasionale interazione con l'economia di uno Stato: i *revenue-based factors* – seppur debba considerarsi il reddito quale *basic factor* non autonomamente capace di provare la duratura interconnessione economica – i *digital factors*, come piattaforme digitali locali, la presenza di un dominio *web* locale o opzioni di pagamento specifiche; e gli *user-based factors* tra cui il *Monthly Active Users* capace di definire il numero di utenti registrati che hanno visitato il sito di una Società *digital* nell'ultimo mese o la mappatura della quantità di accettazione dei "Termini e condizioni" necessariamente collegati alla prova di conclusione di un contratto *online*.

3.4 Il terzo pilastro: trasparenza e certezza del diritto.

Il terzo pilastro contiene quattro Azioni che mirano a garantire una maggiore certezza del diritto e contemporaneamente ad assicurarne la trasparenza. L'*Action 11 Measuring and Monitoring BEPS* vuole misurare le dimensioni del fenomeno di *Base Erosion and Profit Shifting* e, grazie a sei indicatori, da un lato monitorare la sua evoluzione e dall'altro migliorare ed adeguare le necessarie strategie di contrasto. Per consentire il pieno regime di quest'Azione occorre una collaborazione completa tra i singoli Stati nella meglio definizione delle singole attività di raccolta e analisi dei dati.

La dodicesima Azione invece, *Mandatory Discolure Rules*, contiene la strategia adoperata per l'emersione dei fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva da parte dei contribuenti. Si prevede che venga fornita alle Amministrazioni finanziarie degli Stati una struttura adattabile alle esigenze dei singoli in grado di raccogliere i dati utili all'individuazione di tali pratiche, analizzare le risultanze ed adottare nel minor tempo possibile le adeguate azioni di contrasto.

L'*Action 13* è collegabile a doppio filo col secondo pilastro, in particolare con le Azioni in materia dei prezzi di trasferimento. Trattasi del *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting* volto a migliorare le documentazioni relative al *transfer pricing* individuando uno *standard* minimo in cui i singoli contribuenti indicano le imposte pagate nei diversi Stati agevolando così le Amministrazioni fiscali degli altri Paesi coinvolti ad identificare le aree soggette a rischio elusivo. Viene poi anche prevista la generazione di un *master file* accessibile a tutte le Amministrazioni, di un *local file* per ogni singolo Stato e di un *Country-by-Country Report* in cui le multinazionali forniscono annualmente le informazioni su redditi, tasse assolte e indicatori predefiniti suddividendoli per ogni giurisdizione.

Il *Making Dispute Resolution Mechanism More Effective*, ossia la quattordicesima Azione, mira a rendere più efficaci i meccanismi di risoluzione delle controversie stabilendo uno *standard* grazie al quale i singoli Stati si impegnano a risolvere le controversie entro un periodo medio di due anni.

3.5 Il *Multilateral Instrument.*

L'Azione 15 chiude l'ipotetica struttura a tempio coprendo tutti i pilastri e la base del BEPS. Al suo interno, ripercorrendo in via esemplificativa la storia del diritto internazionale in altri contesti rispetto a quello fiscale, vuole sviluppare uno strumento multilaterale in grado di

---

dai propri residenti in qualsiasi luogo. Sul punto si rimanda *inter multas* a G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario (Parte Speciale)*, CEDAM, Padova, 2014, 79-90.

[16] Sul punto si rinvia agli sviluppi della *benefit theory* individuati *illo tempore* da D. PINTO, *To Need to Reconteptualize the Permanent Establishment Threshold*, in *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, LX, 2006, 268 ss.

modificare i trattati bilaterali al fine di velocizzare e rendere meglio agevole la realizzazione delle misure teorizzate per affrontare in termini di concretezza i fenomeni elusivi.

4. Le critiche al sistema OCSE.

Molti Paesi hanno seguito l'approccio OCSE in materia di *permanent establishments* dei *server*, pensiamo all'Italia e all'India, altri hanno attuato alcune modificazioni a questo approccio, come la Francia, altri ancora hanno rigettato appieno l'impostazione dell'Organizzazione (Inghilterra) ovvero non hanno ottenuto un sufficiente consenso interno (Svezia) o sono rimasti del tutto silenti come gli Stati Uniti.

Merita però citare anche la posizione di una parte della dottrina che si è attestata in termini critici: Arthur J. Cockfield ha più volte rimarcato il fatto che i *server* dei *computers* non possono generare una presenza permanente. Le ragioni sono riscontrabili nell'acuta difficoltà per le Autorità nazionali di monitorare e imporre una normativa adeguata, nella possibile mancata connessione tra il *software* utilizzato dal *server* ed il luogo in cui i profitti sono generati, nella possibilità che il reddito venga ad essere spostato in una giurisdizione a bassa imponibilità spostando semplicemente il *server*, e poi osserva come l'affermazione di *server* come stabile organizzazione parta da una definizione tradizionale di imposta sul reddito di *fixed site* che crea una stabile organizzazione e non può essere spostato senza costi significativi[17].

Le due maggiori criticità che lo studioso evidenzia sono il fatto che i *server permanent establishments* non allocano effettivamente i ricavi e la giurisdizione fiscale ai Paesi in cui sono stabiliti e che la mobilità dei *servers* offre opportunità di pianificazione fiscale per spostarli al di fuori dei Paesi di residenza.

Altri studiosi hanno affermato che l'approccio dell'OCSE «*cannot lead to well-established taxation of e-commerce income*»[18]. Inoltre il *server permanent establishment* è una *fictio juris*, un approccio inappropriato che non può funzionare in un mondo in cui nel commercio elettronico le informazioni sono trasmesse in una forma immateriale[19].

5. La proposta italiana.

Come ovvio l'impatto della *new economy* ha avuto rilievo anche nel nostro Paese e, nel giugno 2014, la VI Commissione Finanze della Camera dei Deputati manifestava già l'esigenza di conoscere l'*état des lieux* in punto arretratezza del sistema tributario tanto a livello interno quanto sul piano internazionale. In questo contesto traeva le mosse la proposta di Legge n. 3076 del 27 aprile 2015 che mirava a disciplinare l'istituto della stabile organizzazione virtuale sulla base dei criteri secondo cui la localizzazione di un servizio *on-line* non costituisce *ex se* una stabile organizzazione, la localizzazione del fornitore di servizi *on-line* non rileva ai fini della stabile organizzazione salvo che siano resi da un agente dipendente dell'impresa che opera in nome e per conto di questa, le collocazioni dei *server* entro il territorio dello Stato non fanno automaticamente presumere l'esistenza della stabile organizzazione, ed infine il *server* può essere considerato stabile organizzazione solo nel caso in cui l'attività svolta per suo tramite sia significativa ed essenziale per l'impresa.

Un nuovo tentativo di risoluzione della problematica sottesa dalla mancata tassazione dei ricavi della *new economy* è stato ristabilito col D.L. 24 aprile 2017, n. 50. Invero si è parlato di *Web Tax* "provvisoria" che, su matrice bilaterale-consensuale a natura partecipativa, si è adattata al disegno di creazione di una misura di contrasto all'evasione dei gruppi multinazionali

---

[17] Cfr. A.J. COCKFIELD, *Balancing National Interests in the Taxation of Electronic Commerce Business Profits*, in *Tulane Law Review*, LXXIV, 1999, 133 ss. e A.J. COCKFIELD, *Transforming the Internet into a Taxable Forum: A Case Study in E-Commerce Taxation*, in *Minnesota Law Review*, Minneapolis, LXXXV, 2001, 1171 ss.

[18] R. AZAM, *E-Commerce Taxation and Cyberspace Law: The Integrative Adaptation Model*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, Richmond, XII, 2007, 13.

[19] Cfr. O. PASTUKHOV, *International Taxation od Income Derived from Electronic Commerce: Current Problems and Possible Solutions*, in *Boston University Journal of Science and Technology Law*, Boston, XII, 2006, 310 ss.

dell'economia digitale volta a fare emergere le c.d. stabili organizzazioni occulte con aspetti di premialità sia in punto sanzioni amministrative che circa eventuali riflessi penali. Una procedura che per certi versi può trovare diversi punti di contatto con la c.d. *voluntary disclosure*.

L'impresa, necessariamente una società estera appartenente ad un gruppo multinazionale con fatturato complessivo superiore al miliardo di euro e che fattura in Italia oltre i 50 milioni di euro avvalendosi del supporto di rami italiani appartenenti al medesimo gruppo, avvia una fase interlocutoria preventiva con l'Amministrazione tributaria che può condurre alla constatazione dell'esistenza di una stabile organizzazione. Nel qual caso, tramite l'invito a comparire da parte dell'Ufficio dell'Amministrazione, si avvia il procedimento di accertamento con adesione che se giunge a compimento genera una particolare causa di non punibilità sopravvenuta (in quanto interviene a seguito del compimento del fatto delittuoso) applicabile al reato di omessa presentazione della dichiarazione di cui all'art. 5 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

L'Agenzia propone la definizione del contraddittorio riducendo alla metà le sanzioni applicabili per l'ipotesi di accertamento con adesione, quindi corrispondenti al sesto dei minimi edittali, ed escludendo la punibilità per il reato di cui sopra. Se il contribuente rifiuta l'accordo o non versa la somma l'Autorità amministrativa emetterà gli avvisi di accertamento anche in deroga ai termini decadenziali *ex lege* previsti. In caso contrario, ovvero stante la condotta collaborativa del contribuente, entro trenta giorni dall'esecuzione dei versamenti l'Agenzia delle Entrate darà notizia all'Autorità giudiziaria competente dell'avvenuta definizione dei debiti tributati della stabile organizzazione.

Definirla dunque *Web Tax* transitoria è errato in quanto non parliamo di un nuovo tributo introdotto nella scena fiscale nazionale bensì di un procedimento facoltativo di contraddittorio preventivo tra l'impresa estera ed il Fisco italiano. Tuttalpiù possiamo parlare di *digital voluntary discosure*.

La Legge Finanziaria del 2017 ha poi introdotto nel panorama italiano una *Web Tax* ragionata come imposta sulle transazioni digitali relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici a favore di soggetti residenti in Italia da parte di società sia residenti che non[20]. Detta imposta troverebbe applicazione con aliquota del 3% sul valore – al netto dell'IVA – di certe transazioni *business to business* che avvengono in via digitale (*digital B2B*). L'imposta non grava sul commercio elettronico tradizionale *business to consumer* (*B2C*) ma è un'imposta indiretta sulle transazioni tra imprese – colpisce dunque l'intero volume d'affari – posta in capo agli operatori economici italiani o stranieri che in un anno solare effettuano più di tremila prestazioni di *digital services* come pubblicità *on-line* o *cloud computing*.

Unitamente a ciò trova estensione il concetto di stabile organizzazione al caso in cui si abbia una permanente e significativa presenza economica nel territorio italiano ma costruita in modo tale da non fare risultare una consistenza fisica nel territorio dello stesso.

Secondo lo schema previsto dal Legislatore detta imposta troverebbe la propria base imponibile nel corrispettivo pattuito tra imprese al netto dell'imposta sul valore aggiunto senza garantire un credito d'imposta al soggetto giuridico che ha già pagato le tasse nel nostro Paese. In tal guisa si arriverebbe alla criticabile, anche sotto il piano di principi costituzionali affermati[21],

---

[20] Art. 1, c. 1011-1017, L. 205/2017.

[21] La doppia imposizione *de qua* confligge col generale principio di eguaglianza sancito all'art. 3 della Costituzione Italiana che impone allo Stato l'eliminazione di ogni ostacolo al raggiungimento di detto valore fondamentale del nostro Sistema costituzionale. Occorre in tal senso ricordare come la Corte Costituzionale si espresse nella sentenza n. 10 del 2015 in merito alla c.d. *Robin Hood Tax*, invero il Giudice affermava che se da un lato «*la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria* [e che] *non ogni modulazione del sistema impositivo per settori produttivi costituisce violazione del principio di capacità contributiva e del principio di uguaglianza* [ciò nonostante] *ogni diversificazione del regime tributario per aree economiche o per tipologia di contribuenti, deve essere supportata da adeguate giustificazioni, in assenza delle quali la differenziazione degenera in arbitraria discriminazione*». Nel caso di specie non sarebbe dunque difficile riscontrare, ad avviso di chi scrive, profili di irragionevolezza, arbitrarietà ovvero ingiustificabilità dell'utilizzo del potere discrezionale offerto al Legislatore nella materia tributaria. Per giustificarla (così come si è fatto con la SOCOF, l'ISI, il contributo straordinario per l'Europa ovvero addizionali sulle remunerazioni in forma di *bonus* e *stock options*) occorrerebbe dimostrare la maggiore profittabilità

doppia imposizione che penalizza la società che paga regolarmente le imposte in Italia, un duplicato dell'IVA quindi. Tal critica non siamo i soli a muoverla ma rinveniamo un medesimo parere anche a firma dell'Ufficio parlamentare di bilancio[22].

Defaillances costituzionali sono poi altresì rinvenibili nella delega effettuata dalla Legge di Bilancio 2018 ad una fonte normativa secondaria quale il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze per la puntuale individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'imposta in palese violazione della riserva di legge in materia di prestazioni patrimoniali imposte di cui all'art. 23 Cost. Tale decreto ministeriale doveva essere emanato entro il 30 aprile dell'anno in corso ma, come riportato in una nota ANSA del 26 aprile, il Ministero ha inteso soprassedere attendendo di conoscere la posizione europea[23]. In ogni caso si ricorda che il termine scadenziale ha mero carattere ordinatorio.

Volendoci spingere ad ipotizzare una migliore definizione della nozione di "prestazione di servizi effettuate tramite mezzi elettronici" possiamo prendere spunto dalla combinazione degli elenchi forniti dalla Direttiva 2006/112/CE denominata *Direttiva IVA* e dall'art. 7, capoverso e comma 3, del Regolamento UE 282/2011 emanato in applicazione della citata Direttiva. L'Allegato II alla Direttiva parla di fornitura di siti internet e *webhosting*, fornitura ed aggiornamento di *software*, fornitura di immagini, testi ed informazioni e messa a disposizione di *database*, fornitura di programmi di musica, giochi, film, e fornitura di prestazioni di insegnamento a distanza. Detto elenco, non esaustivo, viene completato dalla *positive list* del capoverso dell'art. 7 del Regolamento attuativo e dalla *negative list* del comma 3 della medesima norma.

Invero tra i servizi prestati mediante mezzi elettronici rinveniamo la fornitura, le modifiche e gli aggiornamenti in generale di prodotti digitali; i servizi che veicolano o supportano la presenza di un soggetto su una rete elettronica come un sito *web*; i servizi automaticamente generati da un *computer* attraverso internet o tramite una rete elettronica in risposta a dati specifici immessi dal destinatario; la concessione onerosa del diritto di vendita di un bene o servizio su un sito internet che opera come mercato *on-line* dove i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un *computer*; gli *Internet Service Packages* nei quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato. Viceversa non rappresentano servizi collegabili alla *web economy* (anche se potrebbero manifestare un collegamento col contesto digitale) quelli di telediffusione o radiodiffusione; quelli di telecomunicazione; i beni per i quali l'ordine o l'elaborazione avvengano elettronicamente; i CD-ROM, dischetti e supporti fisici analoghi; il materiale stampato, come libri, bollettini, giornali o riviste; i CD e le audiocassette; le video cassette ed i DVD; i giochi su CD-ROM; i servizi di professionisti che forniscono consulenze al cliente mediante utilizzo della posta elettronica; i servizi di insegnamento per i quali il contenuto del corso è fornito da un insegnante attraverso mediante un collegamento remoto; i servizi di riparazione materiale delle apparecchiature informatiche o di conservazione dei dati che lavorano in modalità *off-line*; i servizi pubblicitari; quelli di *helpdesk* telefonico; di insegnamento che comprendono esclusivamente corsi per corrispondenza; i servizi tradizionali di vendita all'asta che dipendono dal diretto intervento dell'uomo indipendentemente dalle modalità di offerta; la prenotazione *on-line* di biglietti di ingresso a manifestazioni culturali, artistiche, sportive, scientifiche, educative, ricreative o a manifestazioni affini; ed infine la prenotazione *on-line* di soggiorni alberghieri, autonoleggio, servizi di ristorazione, trasporto passeggeri o servizi affini.

Tornando all'imposta, questa verrebbe applicata a tutti i soggetti erogatori di servizi digitali con la mera esclusione delle imprese soggette al regime forfettario previsto dalla Legge di Stabilità

---

delle *digital companies* rispetto alle tradizionali ma, specie considerando che la *Web Tax* troverebbe applicazione non soltanto nei confronti degli *Over the Top* ma su qualsivoglia impresa digitale, la giustificazione ci pare assai lontana.

22 UFFICIO PARLAMENTARE DI BILANCIO, *La nuova imposta sulle transazioni digitali*, Roma, 2017, 3.

23 Sul punto si rinvia al paragrafo dedicato.

del 2015 e degli imprenditori che godono delle agevolazioni in materia di imprenditoria giovanile e lavoratori in mobilità di cui all'art. 27 del D. L. 3 marzo 2011, n. 28. Si prevede poi un limite di applicabilità dell'imposta fissato a tremila transazioni effettuate indipendentemente dal valore delle medesime. Con riguardo al limite numerico la norma affida l'esclusione dal pagamento dell'imposta ad un'autodichiarazione del soggetto gravato.

Il Legislatore interno ha previsto un meccanismo di versamento che ricorda quello di una ritenuta applicata e versata dal committente. Invero l'imposta sarebbe trattenuta al momento del pagamento dal committente con obbligo di rivalsa sui prestatori; essa verrebbe poi versata dal medesimo committente entro il giorno 16 del mese successivo alla corresponsione del pagamento. In materia di accertamento e contenzioso trovano applicazione le disposizioni sull'imposta sul valore aggiunto.

Si è dunque adottata una scelta differente dalla *Equalization Levy* ovvero di un'imposizione di tipo compensativo in grado di colpire le imprese che non scontano carichi impositivi adeguati né nello Stato di residenza, né in quello in cui si genera la fonte, facendo così pagare le imposte nel luogo di produzione dei ricavi. Una *Web Tax* volta alla tassazione delle transazioni di natura digitale che, pur assicurando un gettito da questo tipo di commercio, può provocare sofferenze all'emersione dei ricavi da *digitalization of economy* in Italia.

In questo panorama il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in un comunicato del 24 aprile 2018, ha lanciato una consultazione pubblica chiusasi in data 22 giugno per mezzo della quale gli esperti del settore hanno potuto formulare le loro osservazioni in merito alle proposte avanzate il 21 marzo dalla Commissione.

5.1 La Legge di Bilancio 2019 e la previsione dell'imposta sui servizi digitali.

La vecchia impostazione che il Legislatore aveva dato alla *Web Tax* con la Legge di Bilancio del 2018 è stata radicalmente modificata con la sua abrogazione avvenuta per mezzo della manovra finanziaria del 2018 che, all'art. 1, commi 35-50, ha introdotto la nuova imposta sui servizi digitali.

La precedente imposta sostitutiva con aliquota del 3% applicata ai ricavi delle prestazioni di servizio effettuate tramite mezzi elettronici è stata mantenuta nel *quantum* salvo trovare oggi applicazione nei confronti dei ricavi percepiti da determinati soggetti. Se prima la tassazione escludeva le operazioni verso soggetti privati – l'imposta era infatti prevista solo per le operazioni B2B – nell'attuale formulazione colpisce qualsiasi soggetto che presta servizi digitali con un ammontare complessivo di ricavi (non necessariamente in contesto *digital*) pari o superiore ad euro 750 milioni di cui almeno 5,5 realizzati nel territorio italiano per prestazione dei servizi digitali.

I ricavi tassati sono quindi quelli generati per veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia, per messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di essere in contatto e di interagire tra loro anche per facilitate la fornitura diretta di beni o servizi, e per trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale.

Le norme attuative saranno definite per mezzo di un decreto ministeriale che ragionevolmente dovrà puntualmente definite un contesto normativo oggi sotto molti punti incerto ed eccessivamente ampio che, colpendo indiscriminatamente, potrebbe arrivare a porre un freno all'innovazione laddove oggi e nel futuro tale innovazione transiterà sempre più per il web.

6. Le posizioni europee in materia di *Web Tax.*

Volendo analizzare quali sono le posizioni dell'Unione Europea in tema di tassazione dei ricavi realizzati col digitale non possiamo che partire dall'EcoFin di Tallinn nel quale la discussione sulla *Web Tax* ha avuto il predominio: i Ministri dell'Economia di dieci Stati – dapprima quelli di Italia, Francia, Germania e Spagna, ai quali si sono uniti quelli di Austria, Bulgaria, Grecia, Portogallo, Slovenia e Romania – hanno firmato una lettera comune in cui esortano la lotta a questo fenomeno elusivo che mina i principi di equità e concorrenza adottando una misura transitoria ma

immediata. Altri Stati invece si sono attestati su una posizione contraria preferendo aspettare un accordo globale in seno all'OCSE ed al G20. Tra questi ultimi sono il Regno Unito, Malta, la Danimarca, l'Irlanda ed il Lussemburgo che già generalmente non vedono di buon occhio questo genere di tassazioni verso le multinazionali atteso il beneficio che generano i loro sistemi a fiscalità vantaggiata. L'EcoFin ha quindi rinnovato il mandato all'OCSE finalizzato alla modernizzazione globale del sistema tributario.

In seguito a quanto emerso durante il vertice informale la Commissione UE ha elaborato un'analisi sulla situazione e predisposto una possibile linea col rapporto comunicato il 21 settembre 2017 al Parlamento Europeo – concernente un sistema fiscale equo ed efficiente per il mercato unico europeo digitale – e con le collegate proposte di Direttiva annunciate il 21 marzo dell'anno in corso.

Da subito la Commissione ha affermato che il mercato unico digitale rientra entro le dieci priorità politiche per lo sviluppo dell'Unione. Esso infatti non soltanto offrirebbe nuove opportunità digitali per cittadini ed imprese ma porterebbe con sé un contributo di circa 415 miliardi di euro ogni anno[24]. Se però da un lato, come abbiamo già avuto modo di affermare, l'evoluzione tecnologica ha contribuito a migliorare al miglioramento generale riducendo gli oneri amministrativi ed agevolando la collaborazione tra le differenti Autorità nazionali per combattere l'evasione fiscale, d'altro canto ha comportato la trasformazione dei modelli d'impresa comportando una sempre maggiore importanza dei beni immateriali con relative problematiche sviluppatesi sul sistema di imposizione fiscale europeo.

L'obiettivo perseguito dalla Commissione è dunque quello di cercare una soluzione che porti ad una certezza fiscale per gli investimenti delle imprese garantendo un quadro moderno e stabile. In quest'ottica, mancando una soluzione internazionalmente condivisa e volta alla prevenzione delle erosioni dai gettiti fiscali dei bilanci pubblici con certa ripercussione sulla *social equity*, la Commissione ha ricevuto l'esortazione dall'EcoFin di Tallin a prevenire queste situazioni che pongono la competitività dell'Unione Europea a rischio ed ha esortato gli Stati membri ad adottare una posizione coordinata per poter incidere in maniera più determinante sui lavori svolti a livello mondiale. L'obiettivo è stato individuato nello stabilizzare le basi imponibili di ciascun Paese dell'UE per garantire una concorrenza leale e fare emergere le imprese che operano all'interno del mercato unico ivi realizzando profitti.

Rilevata la chiara necessità di tempo per definire una ragionevole soluzione condivisa in grado di tassare il valore creato nell'economia digitale di tutti i Paesi, ma allo stesso tempo volendo prevenire un'eccessiva perdita monetaria, la Commissione ha individuato nella Comunicazione tre opzioni per soluzioni temporanee a breve termine: un'imposta di compensazione sul fatturato delle aziende digitali sul totale delle entrate non tassate o tassate in modo insufficiente generate da ogni attività posta in essere mediante la *digital technology*, una ritenuta alla fonte sulle transazioni digitali su base lorda su determinati pagamenti per beni o servizi ordinati *on-line* a favore di fornitori non residenti, ovvero un prelievo sulle entrate generate dalla fornitura di servizi digitali ovvero da attività pubblicitarie.

Sulla base di questo intervento della Commissione, unitamente a quanto rilevato dal Consiglio Europeo nella seduta del 19 ottobre[25], durante il nuovo vertice EcoFin a Bruxelles del 5 dicembre 2017 sono state adottale le conclusioni del Consiglio dell'Unione Europea del 30 novembre precedente "*Responding to challenges of taxation of profits of the digital economy*". Con esse si invita la Commissione a valutare ogni opzione puntualizzata nella sua nota del mese di settembre comprese quelle a carattere temporaneo. Viene poi sottolineata l'urgenza di concordare una risposta politica internazionale cooperando a stretto contatto dell'OCSE e degli altri *partners*.

---

[24] COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio*, COM(217) 547 final, 2.

[25] Parlando della digitalizzazione dell'Europa il Consiglio Europeo ha ravvisato la necessità di un regime fiscale efficace ed equo al passo con l'era digitale garantendo la parità di trattamento fiscale a tutte le imprese ed invitato contestualmente «*le Istituzioni a intensificare i lavori legislativi*». In CONSIGLIO EUROPEO, *Conclusioni adottate dal Consiglio europeo*, EUCO 14/17, 2017, 8.

Il 21 marzo 2018 la Commissione ha presentato due proposte di direttive volte a stabilire un insieme di norme per la tassazione delle società con presenza digitale significativa[26]. Questi *papers* prendono le mosse da un *Action Plan* adottato nel febbraio 2018 contenente l'incentivo ad adottare una normativa in punto presenza digitale significativa, ed una in materia di tassazione dei servizi digitali. La prima proposta di Direttiva vuole ampliare la nozione generale di "stabile organizzazione" con la "presenza digitale significativa" in modo tale da tassare nello Stato di localizzazione della stessa. Identifica dunque una serie di condizioni non cumulative che dovranno essere verificate con cadenza annuale: un'entità di ricavi derivanti da servizi digitali di almeno sette milioni di euro, un numero di utenti minimo di cento mila persone, ed almeno tremila contratti conclusi *on-line*.

La Direttiva in materia di *Web Tax* europea (la seconda proposta) prevederebbe una tassa da applicarsi ai ricavi al netto dell'IVA – o di imposte analoghe – che derivano da tre *species* di fonti: immissione di pubblicità su un'interfaccia digitale (es. *Bing*), disponibilità per gli utenti di una *digital platform* che consenta lo scambio di beni o servizi (es. *Booking*), condivisione dei dati raccolti ed immessi nel sistema digitale dagli utenti (es. *Instagram*). L'imposta ha un'aliquota del 3% ed è esigibile a carico del soggetto che realizza i ricavi sempre che il loro ammontare superi i 750 milioni di euro annui (anche a livello di gruppo) ed un totale di ricavi superiore ai 50 milioni di euro nell'Unione Europea. Vengono quindi escluse dal raggio di applicazione le piccole e medie imprese e le *start-up* in quanto gli oneri di *compliance* rischierebbero di avere effetti sproporzionati. La *Web Tax* europea proposta manifesta quindi sensibili differenze con quella nostrana, poichè non è un'imposizione alla fonte ma direttamente applicata al prestatore, si estende anche alle operazioni B2C e riguarda un elenco chiuso di servizi identificati in modo puntuale dalla Direttiva.

Allo stato queste due proposte risultano bloccate dall'avversità ad un programma di tassazione europeista e non globale da parte di alcuni Stati membri. Invero durante il vertice EcoFin di Sofia del 27-28 aprile si sono contrapposte le intenzioni di Francia, Italia e Spagna, fortemente intenzionate alla previsione di una tassa da applicare ai giganti della *digitalization of economy*, e di Irlanda, Olanda, Malta, Cipro, Lussemburgo e Repubblica Ceca che temono di perdere le sedi fiscali di grosse *web companies* del calibro di *Facebook* ed *Apple*. Al coro dei no si sono unite la Germania ed il Regno Unito rimasti scettici sulle misure a breve termine, ossia su un'imposta europea immediata che non attenda l'intesa con l'OCSE.

La Commissione europea punta comunque a promuovere la sua proposta bifasica: una prima imposta ad aliquota del 3% sulle imprese digitali con fatturato superiore ai cinquanta milioni di euro in Europa, ed una seconda imposta volta a tassare i profitti generati su un determinato territorio da parte di multinazionali che superano i sette milioni di euro di ricavi in uno Stato membro ovvero che superano i cento mila utenti nel perimetro complessivo dell'Unione. Tutta l'operazione avrebbe la capacità di generare incassi di circa cinque miliardi di euro annui su scala continentale[27].

Ad aiutare l'Unione Europea è però intervenuta anche l'OCSE che sembra voler anticipare le tempistiche di definizione della proposta condivisa con 110 Paesi al mondo per l'istituzione di regole condivise in ordine alla *Web Tax* (originariamente prevista per il 2020) al 2019.

7. Conclusioni.

Come abbiamo avuto modo di esaminare *funditus* la forte spinta innovativa degli ultimi anni ha direttamente colpito anche il campo tributario generando una serie di problematiche in ordine all'imposizione fiscale delle attività economiche di tipo digitale. La *digitalization of economy* manifesta una forte attitudine a produrre redditi anche in assenza di un apparato produttivo e organizzativo nel luogo in cui risiedono le fonti di remunerazione sfuggendo così ai classici criteri di collegamento della potestà impositiva. In altri termini l'economia digitale consente di creare un

[26] Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Consiglio*, COM(2018) 147 final; e COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Consiglio*, COM(2018) 148 final.

[27] Cfr. A. MAGNANI, *L'Europa litiga ancora sulla Web Tax. Spunta l'assist (a metà) dell'Ocse*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 aprile 2018.

rapporto economico "in modalità remota" senza dover integrare i requisiti tipici della stabile organizzazione di tradizionale memoria.

Le norme fiscali internazionali, concepite originariamente in un'ottica di applicabilità a imprese "fisiche", hanno mostrato le loro debolezze ed inadeguatezze al contesto moderno dove le società dipendono in larga misura da beni immateriali e dal *web* che facilita il commercio transfrontaliero senza la necessaria presenza fisica. Alcune imprese operano così in Paesi in cui offrono servizi ai consumatori o concludono contratti con gli stessi Stati di cui sfruttano appieno le infrastrutture e le istituzioni senza poi essere considerati come presenti ai fini fiscali. Una posizione del tutto opportunistica che conferisce non solo un mancato introito per le casse dello Stato ma che genera un vantaggio alla *web company* a discapito delle aziende stabilite.

Tutto ciò ha generato diverse posizioni ed alcuni Stati hanno autonomamente adottato differenti soluzioni generando anche criticità ovvero soluzioni poco condivisibili. Il nostro Paese ha introdotto una vera e propria imposta sulle transazioni digitali che, avendo apparentemente natura di tributo indiretto, non rientrerà nell'ambito applicativo contro le doppie imposizioni. Tuttavia, ravvisando una quasi totale similitudine con l'Imposta sul valore aggiunto in ordine al presupposto impositivo potrebbe rivelarsi in contrasto col sistema eurounitario.

Invero l'approccio a tali problematiche deve necessariamente avere carattere internazionale e condiviso – in ragione della connaturata dimensione sovranazionale della rete – in tal modo scongiurando iniziative approssimative e discriminatorie. Se è vero che la definizione di una unica soluzione ultranazionale incontra tempi eccessivamente lunghi e poco concilianti con la volontà dei singoli Stati di arginare le perdite in punto gettito fiscale, è dunque ragionevole attendersi soluzioni domestiche a carattere transitorio.

Un impianto giuridico-fiscale ormai obsoleto basato su modelli oggi non più adeguati che ha generato un processo di disallineamento tra il mondo economico e quello giuridico: possiamo parlare di un sistema a due velocità secondo cui l'economia si è sviluppata in un contesto 2.0 mentre il diritto è rimasto fermo all'1.0 non manifestandosi capace di fornire risposte concrete ed efficaci alle problematiche contingenti e di nuova generazione.

La soluzione europea, che appare essere un buon punto di partenza ma non di arrivo ritenendo indispensabile una omogenea e condivisa normativa a livello internazionale, influirà certamente nel quadro interno che dovrà quindi adeguarsi a quello sovranazionale. Rimane comunque arduo prevedere oggi sviluppi più o meno certi del dibattito relativo alla tassazione delle grandi multinazionali anche in ragione del mutato quadro politico interno.

Ovviamente il punto di partenza rimane la ridefinizione di cosa debba intendersi per "stabile organizzazione" e non possiamo che ivi farvi rientrare anche quella a carattere virtuale come "presenza digitale significativa". Il Legislatore italiano si è già adeguato con la novella dell'art. 162 del TUIR in cui è stato introdotta la lett. f-*bis*) che individua il caso della "*significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso*".

Tale stabile organizzazione andrà letta in unione con il classico concetto di stabile organizzazione materiale giacché, del tutto ragionevolmente, possiamo definire i *big data* un *asset* di enorme importanza al pari di molte altre risorse fisiche. In tal modo potrebbe dunque trovare applicazione il criterio tradizionale del diritto tributario internazionale potendo anche evitare la creazione di norme *ad hoc* che potrebbero apparire come un dazio del risultato d'attività[28].

Una soluzione di particolare interesse pare essere quella proposta da alcuni esperti dell'*Institut für Österreichisches und Internationales Steuerrecht* della Universität Wien, il c.d. "gruppo di Vienna", che, ravvisato come le attuali regole impediscano l'identificazione dell'utente della rete quale generatore di ricchezza nel *business* moderno, hanno rilevato come in realtà il cliente, con i suoi dati, venga indirettamente utilizzato dalla società che genera ricchezza: è proprio il binomio *data and customers* a collegare le attività economiche di una società con un determinato mercato interno e conseguentemente *data and customers*, inconsciamente contributori inconsci, possono formare il

[28] Sul punto anche E. DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'Imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *il fisco*, Assago, XVI, 2018, 1516.

nesso per identificare un *digital permanent establishment*. Così, reinterpretando il concetto di stabile organizzazione, i *data* possono essere comparati alla "*natural resource*" dell'art. 5, comma 2, lett. f) del modello OCSE e i consumatori attivi fornire un nesso sufficientemente idoneo a determinare la giurisdizione dello Stato di mercato.

Nuovi formalismi nello svolgimento del mandato difensivo: due recenti sentenze della Corte di Cassazione

New formalisms in the performance of the defensive mandate: two recent sentences of the Court of Cassation

di *Dario* PICCIONI[1]

ABSTRACT: Con due recenti pronunce la Corte di Cassazione è intervenuta con notevole rigore interpretativo su due temi di notevole rilevanza applicativa in tema di forme nell'esercizio del mandato difensivo. Nel primo caso la Suprema Corte, a Sezioni Unite, è tornata sulla questione della possibilità di costituirsi parte civile a mezzo sostituto del difensore; nel secondo sulle condizioni formali richiesta per la sostituzione processuale.[2]

With two recent rulings, the Court of Cassation has intervened with considerable interpretative rigor on two issues of considerable applicative relevance in terms of forms in the exercise of the defense mandate. In the first case, the Supreme Court, in the United Sections, returned to the question of the possibility of constituting a civil party by a substitute of the defender; in the second, on the formal conditions required for procedural substitution.

Sommario: 1. Introduzione – 2. La sentenza Zucchi – 3. La sentenza Vitanza – 4. Conclusioni

1. Introduzione.

La delicata funzione nomofilattica che compete alla Corte di Cassazione, in particolare nella composizione a sezioni unite, resa ancor più incisiva dopo la legge 23 giugno 2017, n. 103 (che ha introdotto i commi 1 *bis* e 1 *ter* dell'art. 618 c.p.p. ampliando le ipotesi di decisioni a sezioni unite), si svolge attraverso l'esame di numerosi istituti, contribuendo a delinearne i contorni in maniera spesso decisiva.

Così è anche per la sostituzione processuale, tema apparentemente poco centrale rispetto agli assetti del sistema processuale e delle garanzie difensive, ma in realtà denso di implicazioni nella prassi di chi esercita la professione forense in campo penale.

Era stata pubblicata da poco la c.d. sentenza Zucchi n. 12213/2018 delle Sezioni Unite che aveva affrontato nuovamente il quesito sull'ammissibilità della costituzione di parte civile a mezzo sostituto processuale, quando la Corte è tornata ad occuparsi dell'istituto della sostituzione processuale ed in particolare nei rapporti tra l'art. 102 c.p.p. e la normativa sulla professione forense.

Nel primo caso la pronunzia ha ripercorso la sistematica dell'azione civile nel processo penale, con specifico riferimento ai rapporti tra titolare del diritto, procuratore speciale e difensore.

Nel secondo caso, a fronte di un quesito connotato da maggiore linearità espositiva, le argomentazioni della Suprema Corte sono state – come vedremo – di particolare rigore.

A sommesso avviso dell'autore, in entrambi i casi le soluzioni che ci si accinge a illustrare sono parse ispirate ad un notevole formalismo che, a prescindere dalle possibili ricadute nella prassi,[3] appare svincolato dalle esigenze di garanzia sottese agli istituti.

---

[1] Avvocato patrocinante in Cassazione in Roma.

[2] Articolo sottoposto alla procedura di *double blind peer review*.

[3] Dove ci si aspetta che la flessibilità dei difensori crei i presupposti per un pieno recepimento dei principi elaborati dalla Corte.

2. La sentenza Zucchi.

Fin dall'esordio del Codice di procedura penale vigente, il tema della costituzione di parte civile – ed in particolare delle modalità della sua formalizzazione – è stato oggetto di notevoli incertezze, ben oltre quello che era lecito aspettarsi dalla lettura di un testo normativo (artt. 74 e ss., 100 e 122 c.p.p.) che, a differenza di quanto avveniva per altri tormentati istituti, non sembrava presentare particolari problematiche interpretative. La ragione va probabilmente ricercata nella disciplina precedente.

Infatti, col vecchio Codice[4] la costituzione, salvo eccezioni, doveva avvenire mediante presentazione personale in udienza del danneggiato e messa a verbale della relativa domanda risarcitoria da parte del cancelliere e in una malcelata avversione per la domanda civilistica nel processo penale.[5]

Al riguardo non si ritiene giustificabile una "subalternità" dell'azione civile nel processo penale, tant'è che la normativa sovranazionale – ormai a pieno titolo assurta al rango di fonte primaria, come noto – sacralizza, per così dire, il ruolo dell'offeso ed il coefficiente minimo dei suoi diritti nell'ambito del processo penale.

Si è accennato al fatto che le modalità di costituzione di parte civile hanno richiamato in passato l'attenzione della Suprema Corte, anche a Sezioni Unite.

Ci si riferisce alla c.d. sentenza De Paoli del 18 giugno 1993[6] con la quale si era affrontato il tema della procura speciale ed in particolare della latitudine del potere di autentica della sottoscrizione in capo al difensore: in quel caso la Corte, valorizzando il dato normativo testuale, aveva affermato che il potere di autentica del difensore era da considerarsi eccezionale e limitato ai casi espressamente previsti (art. 100, II comma, c.p.p. in relazione all'art. 39 disp. att. c.p.p. in tema di mandato *ad litem*) e andava escluso nel caso di procura speciale ex art. 122 c.p.p.

La soluzione prescelta finiva per limitare notevolmente il potere del difensore e, di fatto, l'accesso all'azione di danni nel processo penale (per la quale veniva in tal modo richiesta una procura speciale autenticata dal notaio), il che indusse il legislatore, (art. 13, comma 3, della l. 16 dicembre 1999, n. 479) a modificare l'art. 122 c.p.p. riconoscendo espressamente un potere generale di autenticazione della sottoscrizione del danneggiato istante, da parte del difensore, quando una procura speciale fosse stata conferita con scrittura privata al difensore stesso.

Superato, grazie all'intervento additivo sull'art. 122 c.p.p., il rigore formalistico della sentenza De Paoli, negli anni successivi si è andato delineando il tema che ha poi alimentato la summenzionata decisione delle Sezioni unite.

Infatti, una volta riconosciuto espressamente in capo al difensore il potere di autentica non solo del mandato difensivo *ex* art. 100, II comma, c.p.p. ma anche della procura speciale di cui all'art. 122 c.p.p. (e quindi un generale potere di autentica di tutti gli strumenti di conferimento del potere di esercitare l'azione civile nel processo penale), al difensore spettano tutti i poteri propri della relativa qualifica, compreso quello di farsi sostituire nello svolgimento di attività, secondo quanto previsto dall'art. 102 c.p.p.

La Corte si trova dunque ad affrontare il tema dei limiti del potere di sostituzione processuale, con specifico riferimento alla costituzione di parte civile mediante deposito in udienza del relativo atto e della procura rilasciata dal danneggiato.

La questione ha determinato un contrasto interpretativo così riassumibile: se sia o meno legittimato a costituirsi parte civile il sostituto processuale del difensore al quale soltanto la persona danneggiata abbia rilasciato la procura al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale.

Per rispondere al quesito la Suprema Corte ripercorre analiticamente il quadro normativo vigente, in particolare attraverso l'esame della disciplina dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento dei danni nel processo penale.

---

4 Cfr. artt. 22 e ss., c.p.p. 1930

5 La centralità del tema dell'accertamento della responsabilità penale suggeriva l'arretramento di ulteriori e solo eventuali finalità del processo, da considerarsi così recessive.

6 In Cassazione penale, 1994, n. 44

Come noto, l'art. 76 c.p.p. stabilisce che l'azione civile nel processo penale possa essere esercitata dal danneggiato "*anche a mezzo di procuratore speciale*" che si pone come modalità alternativa alla costituzione personale di tale soggetto[7].
Tuttavia, si rileva che l'art. 76 c.p.p., quando si occupa del procuratore speciale si riferisce ad un soggetto (anche diverso dal difensore) cui il danneggiato abbia conferito i poteri attraverso la procura ex art. 122 c.p.p., per la quale è richiesta la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata e la determinazione dell'oggetto per cui è conferita e dei fatti ai quali si riferisce.

La costituzione "personale" presuppone, comunque, una rappresentanza tecnica e quindi il conferimento di un mandato difensivo attraverso una procura speciale al difensore, questa volta nelle forme indicate dall'art. 100, II comma, c.p.p.[8]
Si delineano, così, due distinti profili, quello della *legitimatio ad causam*, ovvero quello della titolarità del diritto in termini sostanziali in capo alla parte danneggiata (e al suo procuratore speciale ex art. 122 c.p.p.) e quello della *legitimatio ad processum*, quale rappresentanza processuale necessaria conferita – dalla parte personalmente o dal procuratore speciale - al difensore tecnico, sulla base di una procura alle liti ex art. 100 c.p.p.

A tali concetti corrispondono allora due diverse procure, nell'un caso (ai sensi degli artt. 76 e 122 c.p.p.) quella, per così dire, dispositiva del diritto (comprensiva del diritto di azione dello stesso nell'ambito del processo penale), nell'altro quella con la quale è conferito il solo mandato difensivo (o *ius postulandi*). Dunque, l'utilizzo indistinto del termine "procura speciale" può risultare foriero di non pochi equivoci, essendo del tutto distinte tra di loro tali manifestazioni di volontà della parte. E' vero però che con la medesima procura speciale si possono conferire ad una sola persona (in questo caso al difensore) tanto l'uno tanto l'altro potere: quello di esercitare il diritto alle restituzioni e al risarcimento del danno e quello diretto ad attribuire lo *ius postulandi*.

Alla luce di tale fondamentale distinzione le Sezioni Unite passano ad affrontare il quesito per il quale si è registrato il contrasto interpretativo, incentrato essenzialmente sulla configurabilità dell'istituto della sostituzione processuale, come definito dall'art. 102 c.p.p., in capo al difensore che sia anche procuratore speciale, ferma restando la distinzione concettuale tra le due figure sopra ricordate.
Secondo un primo indirizzo interpretativo, la *legitimatio ad causam* costituisce istituto distinto ed autonomo dal mandato alle liti e di conseguenza "*l'azione civile può essere esercitata soltanto da un procuratore speciale abilitato a costituirsi in nome e per conto del rappresentato, secondo le prescrizioni modali degli artt. 76, 78 e 122 cod. proc. pen., e non anche dal suo sostituto processuale (privo di procura speciale), il quale opera in maniera vicaria rispetto al difensore e non al procuratore speciale. Sono invero delegabili le attività defensionali e non i poteri di natura sostanziali*" (da ultimo Cass. Sez. 3, 13 maggio 2016, n. 22601, Fiorenzano).

A tale indirizzo se ne contrappone uno di segno opposto che interpreta l'art. 102 c.p.p. in maniera estensiva, ricomprendendovi anche il potere di nomina di sostituti non solo sul piano della rappresentanza processuale ma anche su quello della titolarità del diritto, senza peraltro che sia necessario che la procura *ad litem* conferisca espressamente tale potere (tra le altre, Cass. Sez. 5, 24 ottobre 2013, n. 51161, Morozova).

Il potere di farsi sostituire, per il difensore incaricato, discenderebbe direttamente dall'art. 102 c.p.p., che consente la delega di ogni attività processuale, senza distinzioni di sorta. Da segnalare, su questo versante, la sentenza Cass. Sez. 5, 16 febbraio 2017, n. 18508, Fulco, che perviene al medesimo risultato ma all'esito di un diverso *iter* argomentativo che fa leva sulla differenza tra il momento della costituzione di parte civile e quello della presentazione della relativa dichiarazione. Secondo la Corte, "*non è in dubbio che parte civile possa costituirsi esclusivamente il titolare del diritto ovvero il procuratore speciale all'uopo nominato ai sensi dell'art. 76 c.p.p. e che quest'ultimo non possa a sua volta costituirsi a mezzo di procuratore a meno che l'originaria*

---

[7] Su tale concetto ci si deve però intendere perché, secondo quanto disposto dall'art. 100 c.p.p., la parte civile sta necessariamente in giudizio col ministero di un difensore; dal che si desume che l'assistenza del difensore è sempre richiesta.

[8] Che ricalca l'area del mandato difensivo in sede civile: cfr. art. 84 c.p.c., escluso il trasferimento di ogni potere dispositivo del diritto.

procura non preveda una simile facoltà (Sez. 5, n. 11954 del 8 febbraio 2005, Marino, Rv. 231713). Nel caso la costituzione avvenga a mezzo del procuratore speciale che sia anche il difensore della parte civile, non è però necessario che egli proceda personalmente alla presentazione della dichiarazione attraverso cui la stessa viene effettuata, potendo provvedere a tale adempimento anche a mezzo del proprio sostituto eventualmente nominato ai sensi dell'art. 102 c.p.p., il quale non si costituisce in sua vece, ma si limita per l'appunto al deposito dell'atto di costituzione".

Una posizione intermedia, infine, è quella di Cass. Sez. 5, 7 gennaio 2016, n. 18258, secondo cui la costituzione di parte civile depositata in udienza dal sostituto del procuratore speciale è legittima alla condizione che il potere di farsi sostituire sia stato espressamente conferito al difensore nella procura speciale: in questo caso, infatti, il potere promanerebbe dalla parte sostanziale stessa e non dal difensore ed escluderlo, o meglio, richiedere una doppia procura, si risolverebbe – così la Corte nella sentenza in esame - "*in esercizio di puro formalismo*".

Le Sezioni unite non condividono l'orientamento meno rigoroso, ovvero quello che allarga le maglie del potere di farsi sostituire *ex* art. 102 c.p.p. nel momento genetico della costituzione (col deposito in udienza) anche al procuratore speciale ex art. 100 c.p.p.

Infatti, malgrado la confusione che spesso si registra nella prassi (comunque ammissibile) di conferire ad un soggetto entrambe le procure, ancora una volta si sottolinea in sentenza la radicale differenza tra procura sostanziale ex art. 122 c.p.p. (afferente alla *legitimatio ad causam*) e procura – *rectius*, mandato alle liti – ex art. 100 c.p.p. (limitata al piano processuale della *legitimatio ad processum*).

D'altro canto, alla luce delle regole che stabiliscono le modalità della costituzione di parte civile non è neppure ipotizzabile quella scissione tra atto/procura e deposito in udienza (quale mero adempimento che potrebbe essere svolto dal sostituto) dalla quale la sentenza Fulco sopra citata fa discendere il potere del difensore sostituto di costituirsi: l'art. 78 c.p.p. individua, quali uniche modalità della costituzione di parte civile, il deposito in cancelleria (e la conseguente notifica per il perfezionamento dell'atto) e la presentazione in udienza, al di fuori di opzioni diverse.

Per la Corte, il discrimine tra *legitimatio ad causam* e *ad processum* è tale per cui solo la parte sostanziale può delegare i poteri anche ad un altro soggetto (il sostituto), che si trova quindi correttamente investito del potere di esercitare i diritti del danneggiato e nella specie il potere di costituirsi parte civile nel suo interesse. In questo caso la procura speciale ex art. 122 c.p.p. dovrebbe conferire al procuratore speciale anche il potere di farsi sostituire. Al di fuori di tale tracciato, – e cioè nel caso della mera procura defensionale rilasciata ai sensi dell'art. 100 c.p.p. – non vi può essere spazio per la sostituzione *ex* art. 102 c.p.p. perché in questo caso il difensore – titolare del mandato *ad litem,* difetta del potere sostanziale, che può derivare solo da una procura ex artt. 76 e 122 c.p.p., per la quale è, infatti, richiesto il requisito formale della determinazione dell'oggetto per cui è conferita ed ai fatti ai quali si riferisce.

Dunque, la sostituzione è ammessa, e limitatamente alla procura speciale "ampia" da ultimo citata, solo nel caso in cui tale facoltà derivi direttamente dal danneggiato, che ha espresso tale volontà nella procura stessa. Al contrario, il difensore titolare di sola procura speciale defensionale (ex art. 100 c.p.p.) non può nominare sostituti "*non agendo, in tale caso, la parte rilasciante la procura come titolare del rapporto volto a promuovere l'istanza risarcitoria …*".

Solo dopo il perfezionamento della costituzione di parte civile (secondo le scansioni alternative delineate dall'art. 78 c.p.p.) può entrare in gioco la facoltà riconosciuta al difensore dall'art. 102 c.p.p. in quanto le successive attività, fino alla presentazione delle conclusioni ed alla discussione, sono proprie del difensore tecnico.

Per i Supremi giudici si tratta di una soluzione rispettosa della volontà della parte, nell'ambito dell'assetto vigente, e non di un adempimento di tipo formalistico (come si verificherebbe nel caso in cui fosse richiesta ulteriore procura in favore del difensore sostituito). A ciò si aggiunge – nell'articolata sentenza delle Sezioni Unite – che in mancanza della indicazione, nella procura speciale, della facoltà di sostituzione, equipollente è considerata la presenza personale della parte in udienza, quale esercizio della modalità di costituzione "personale" secondo quanto previsto dall'art. 76 c.p.p.

In definitiva, la sentenza enuncia il principio di diritto secondo il quale il sostituto processuale del difensore, qualora solo a quest'ultimo sia stata rilasciata procura speciale per esercitare l'azione civile nel processo penale, non è legittimato a costituirsi parte civile a meno che tale facoltà non sia stata espressamente conferita nella procura o nel caso in cui la parte danneggiata sia personalmente presente nell'udienza di costituzione.

Va subito affermato che la soluzione prescelta dalla Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione, si presta ad alcune perplessità critiche, apparendo – come anticipato all'inizio del presente lavoro – espressione di un rigore formalistico non del tutto condivisibile. Ma andiamo con ordine. Senz'altro pregevole è la ricostruzione sistematica dell'istituto, con particolare riferimento al tema della procura, a partire dall'esame delle norme che disciplinano la costituzione di parte civile (cfr. artt. 76 e 78 c.p.p.) e l'investitura formale necessaria allo scopo (art. 100 e 122 c.p.p.).

Tale esame induce la Corte a ribadire la distinzione tra le *legitimatio ad causam* e *legitimatio ad processum*, sulla quale si incardina il suo ragionamento argomentativo: in un caso si evoca la titolarità del diritto e la procura è formalmente (e sostanzialmente) più completa, come prescritto dall'art. 122 c.p.p.; nell'altro un mandato difensivo certo di minore portata, nei limiti indicati dall'art. 100 c.p.p.

Ne discende che la possibilità di sostituzione processuale, nella motivazione della sentenza, può venire in evidenza soltanto nel caso dell'art. 122 c.p.p. e sempre che tale potere sia stato espressamente conferito (oppure che la parte sia presente personalmente).

Per la Corte questa interpretazione è l'unica a porsi in rapporto di coerenza col testo delle norme in esame ed è rispettosa della volontà della parte. Se ciò appare condivisibile, il punto che suscita maggiori perplessità è quello nel quale la sentenza, pur riconoscendo l'esigenza di rinvenire nel sistema temperamenti alle soluzioni più rigorose e formali, rifiuta quella portata dalla sentenza Fulco, che sembra invece quella in grado di contemperare ad un tempo rispetto delle forme, volontà della parte ed effettività dei poteri riconosciuti al difensore.

Infatti, l'attività di deposito dell'atto di costituzione di parte civile costituisce in effetti un adempimento formale che ben può essere delegato: il sostituto processuale, infatti, provvede al deposito di un atto formalmente completo di tutti gli elementi richiesti dalla norma (art. 78 c.p.p.: tra i quali la sottoscrizione del difensore titolare, a pena di inammissibilità, con il che costui ha completato la serie procedimentale che l'ha investito dei suoi poteri conferiti dalla parte) ed escludere una siffatta facoltà non sembra ragionevole, se non nell'ambito di un formalismo che le stesse SS. UU. apparentemente respingono.

La prova di ciò si può ricavare dalle stesse motivazioni della sentenza in esame.

Se è vero che il codice prevede (unicamente) due modalità di esercizio di costituzione di parte civile, e cioè la presentazione in udienza e il deposito in cancelleria, non si vede la ragione per cui nel primo caso, che si svolge nel contesto formale del contraddittorio tra le parti e dinanzi al giudice (con conseguente presidio di garanzia del rispetto delle regole al più alto livello) sia precluso l'esercizio di una facoltà prevista dal codice, mentre nel secondo caso a chiunque (non soltanto al sostituto processuale) sarebbe consentito di procedere a quell'adempimento (deposito in cancelleria) ed ai successivi (notifica alle parti), in modo tale da consentire il perfezionamento della serie procedimentale. E' innegabile, infatti, che in questo secondo caso è sostanzialmente indifferente chi provvede all'incombente.

Inoltre, la presenza "salvifica" della parte personalmente, che in questo modo autorizzerebbe anche un altro soggetto accanto al procuratore speciale, appare eccentrica soluzione pratica di compromesso rispetto al formalismo puro, in quanto, la comparizione personale delle parti è eventualità mai presa in considerazione, a fronte di un complesso di regole (cfr. in particolare l'art. 78 c.p.p.) dalle norme in esame e non può quindi individuare un *discrimen* tra quanto è rispettoso delle norme stesso e quanto non lo è.

Infine, ci si chiede se è veramente rispettoso della volontà della parte sostanziale ammettere – a fronte di un sistema, a questo punto, "rigido" di regole – il conferimento di un potere in termini generici, ovvero non indirizzato alla persona di un difensore specificamente individuato.

La conclusione cui approda la Corte rischia, tra l'altro, di giungere a situazioni critiche nel rapporto con altre norme del codice. Infatti, poiché l'istituto del legittimo impedimento (con

conseguente diritto al rinvio dell'udienza) si riferisce unicamente al difensore dell'imputato (cfr. art. 420 ter, V comma, c.p.p.), l'avvocato, onerato dalla necessità di comparire personalmente all'udienza nella quale si debba effettuare la costituzione di parte civile, in caso di concomitante impegno professionale, non potrebbe neppure opporre un legittimo impedimento. In sostanza, la soluzione adottata dalla Corte non sembra garantire il bilanciamento delle esigenze di rispetto delle forme e dei diritti individuali, nella specie quelli del soggetto danneggiato dal reato che intende esercitare la relativa azione nel processo penale, la cui posizione non solo è riconosciuta a livello costituzionale (art. 24) ma anche a livello europeo dall'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che nella giurisprudenza della Corte EDU deve essere tutelata in modo concreto ed effettivo.

3. La sentenza Vitanza.

Come si è accennato all'inizio del presente scritto, l'istituto della sostituzione processuale è ancora più recentemente tornato all'attenzione della Suprema Corte anche in un'altra interessante sentenza (Sezione V, 26 aprile 2018, n. 26606/2018).

In questo caso il ricorso aveva ad oggetto un provvedimento (di archiviazione) reso all'esito di un'udienza camerale nel corso della quale il Giudice aveva ritenuto non valida la sostituzione "orale" di un difensore presente da parte del difensore officiato ed aveva conseguentemente escluso il suo intervento. La Corte, nel rigettare il ricorso, ha ritenuto che la delega prevista dall'art. 102 c.p.p. deve essere necessariamente conferita per iscritto in quanto l'art. 96, II comma, c.p.p. richiede, per la designazione del difensore di fiducia, un atto scritto (dichiarazione resa o consegnata all'autorità giudiziaria procedente o inviata a mezzo raccomandata) e proprio a tale norma espressamente rinvia l'art. 34 Disp. Att. c.p.p. in ordine alle forme per la designazione del sostituto processuale.

Tale univoca ricostruzione consente di individuare le modalità attraverso le quali il difensore può esercitare la facoltà, riconosciutagli dall'art. 102 c.p.p, di nominare sostituti processuali.

Per la Cassazione non è dato neppure distinguere tra difensore dell'indagato/imputato e della persona offesa/parte civile perché la disposizione in esame è genericamente riferita al "difensore". Secondo la sentenza, potendosi ricollegare la sostituzione processuale all'istituto – previsto dal codice civile – della rappresentanza (art. 1387 c.c.), dovrà necessariamente trovare applicazione la regola dettata dall'art. 1392 c.c. (forma scritta ex art. 96, II comma, c.p.p.).

Sulla base di tale testuale ricostruzione la Suprema Corte esclude che tale assetto possa venire derogato dalla previsione di cui all'art. 14 dell'ordinamento forense (legge 31 dicembre 2012, n. 247) secondo la quale l'incarico di sostituzione processuale può essere anche orale. Infatti, la disposizione transitoria di cui all'art. 65 non ha espressamente abrogato l'art. 9, R.D. 1578/1933 (ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore) che stabiliva la necessità dell'incarico scritto per la designazione del sostituto processuale.

In realtà, l'art. 14 era stato introdotto con l'evidente scopo di semplificare l'istituto della sostituzione processuale: l'(auto)affermazione della qualifica di difensore sostituto fatta all'autorità giudiziaria, con la conseguente responsabilità che ne deriva, valeva a sacrificare un requisito formale (designazione scritta). La norma, per vero, aveva trovato ampia e pacifica applicazione, a partire dalla sua entrata in vigore, anche nel processo penale (compreso il giudizio di cassazione) e di conseguenza la soluzione indicata dalla Corte, forse ineccepibile sul piano della successione delle discipline nel tempo, configura un fenomeno di sostanziale *overrulling*, sebbene qui manchi del tutto un precedente orientamento interpretativo di segno diverso.

La sentenza esprime così un crescente formalismo che sembra sacrificare un'esigenza di interpretazione evolutiva della regole al rigoroso rispetto delle forme, tra l'altro in un caso in cui l'applicazione di una norma nel corso di un certo lasso di tempo ha sedimentato una soluzioni applicative che vengono improvvisamente stravolte.

In ultimo è doveroso segnalare che, nelle more della redazione del presente scritto, un'altra sezione è intervenuta sul tema con esiti del tutto contrastanti. Ci si riferisce a Cassazione, I sezione, 2 – 25 ottobre 2018, n. 48862 che, tornando a valorizzare il dato sostanziale rinvenibile dalla legge

di riforma professionale del 2012, ha ritenuto conforme all'assetto normativo vigente la possibilità della sostituzione processuale sulla base anche della sola delega orale. Anche questo tema potrebbe, dunque, aprire la strada ad un pronunziamento delle Sezioni Unite che dirima l'attuale contrasto interpretativo.

4. Conclusioni

Conclusivamente si può affermare che, in linea di massima, gli istituti del diritto processuale, collocati in un ordinato sistema di regole che li governano, rispondono ad irrinunciabili esigenze di garanzia, un canone interpretativo che deve prevalere sul rigore formalistico in modo da consentire le soluzioni più evolute ed al passo coi tempi.

Rispetto alle opzioni ermeneutiche prospettabili, le sentenze oggetto di commento sembrano segnare una battuta di arresto; ma la tensione che esprimono (il che vale soprattutto per i temi affrontati dalla sentenza Vitanza, alla luce sul successivo e contrastante arresto) non esclude nuovi ripensamenti interpretativi.